

VICTORIA EUGENIA MONTERROZA MEDINA

**ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN CRÍMENES
INTERNACIONALES, EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD POR EL
MANDO, FRENTE A LOS MAXIMOS RESPONSABLES MILITARES Y CIVILES.**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez.**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey.**

**Director Departamento
Derecho Penal:** **Dr. Jaime Bernal Cuellar.**

Directora de Tesis: **Dra. Paula Andrea Ramírez Barbosa.**

Presidente de Tesis: **Dra. Paula Andrea Ramírez Barbosa.**

Examinadores: **Dra. Rosa Elena Suárez Díaz.
Dr. Gerardo Camilo Burbano Cifuentes.**

Por Dios y para Dios.

⁵ Y si alguno de vosotros tiene falta de sabiduría, pídala a Dios, el cual da a todos abundantemente y sin reproche, y le será dada.”
Santiago 1:5

AGRADECIMIENTOS.

Sin duda alguna ha sido un camino lleno de innumerables enseñanzas, agradezco a Dios las millones de bendiciones otorgadas desde el momento en que planteó formarme en la Universidad Externado de Colombia.

Agradezco a mi familia, padres y hermanos, sin ustedes y sin su apoyo no hubiese sido posible, son mi mayor motor y mi más grande inspiración, millones de gracias por la comprensión, palabras de aliento y fe, los amo.

A la Doctora Paula Andrea Ramirez Barbosa, quien me inculcó através de su enseñanza el valor de la responsabilidad y dedicación, gracias por infundirme mucha más pasión por el estudio del Derecho Penal y por ampliar en mi el gran concepto de justicia.

Finalmente a la Universidad Externado de Colombia, por hacerme saber que acompañado del éxito se encuentran valores como la perseverancia y valentía para ejercer una profesión como lo es el Derecho Penal.

INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad por el mando es una institución jurídica del Derecho Penal Internacional, que ha sido desarrollada con el paso del tiempo; Ante la necesidad por hallar los responsables de los sucesos criminales más importantes para el mundo; se genera la inquietud dirigida a analizar si nuestros ordenamientos jurídicos o disposición legales están en congruencia con la manera tan amplia en que se presenta y participa dentro de la comisión de un delito de importancia y relevancia amplia para la comunidad en general.

La responsabilidad por el mando, también es conocida como la responsabilidad del superior ha sido una figura de imputación penal desarrollada desde los inicios del S. XX en la que el sujeto de responsabilidad penal recae bajo la cabeza de quien actúa como superior jerárquico cuando de manera directa quien comete los crímenes son los subalternos a su cargo, cuando teniendo el deber y la posibilidad fáctica de impedir el resultado lesivo, haya optado por permitir la comisión del mismo.¹

Como figura que atribuye la responsabilidad penal, es internacionalmente reconocida como título de imputación independiente, en el que tiene como fundamento reprimir y evitar que los ejércitos gubernamentales o no gubernamentales tomen partida de la comisión de delitos internacionales y que en congrua imposición del mando, terminarán respondiendo por la omisión de actuar al impedir, reprimir o sancionar los delitos cometidos.²

¹ UPRIMNY YEPES,Rodrigo. La responsabilidad del mando. [Consultado el Sep, 1,2019]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/column/responsabilidad-del-mando/>

² Ibíd. Ver también: * La responsabilidad de los jefes militares asigna responsabilidad penal a los miembros de las fuerzas armadas con mayor rango por el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Case Matrix Network. Directrices de Derecho Penal Internacional: Responsabilidad de los Jefes Militares. Centre for International Law Research and Policy. Enero,. [Consultado el sep,1,2019]. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/2b392a/pdf/>

Es decir, la responsabilidad del superior tiene como base el “principio de responsabilidad penal por omisión”³ cuando dentro de los deberes del superior militar se encuentra el deber jurídico de actuar.

El concepto de responsabilidad por el mando denotará siempre una situación de control y diferentes aspectos incluso no penales como lo es la infracción a un deber constitucional, disciplinario y que deriva como ultima consecuencia dentro del uso de un titulo de imputación penal.⁴ Por lo tanto, son diferentes los matices por los cuales atraviesa la responsabilidad del superior, para llegar a ser un criterio autónomo de responsabilidad penal en el cual la omisión de un deber de actuar juega un papel importante y principal.

La presente Tesis esbozará los criterios de responsabilidad por el mando conjugado con la definición de máximos responsables militares y civiles por los crímenes que hoy en día son competencia de la Corte Penal Internacional, y lograr hallar de que manera es usado por parte de la jurisprudencia y doctrina los criterios de imputación ajenos a la inclusión de la responsabilidad por el mando.

El punto crucial será identificar las falencias que desde su planteamiento histórico inicial ha sufrido la institución de la responsabilidad del superior, y como en su actual regulación por parte del ER se incurre en errores que permiten en la practica una falta de interpretación

³ OLASOLO, Héctor and CANTOR, Jannluck Canosa. La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. En: POLÍTICA CRIMINAL. Jul.vol. 13, no. 25, p. 452

⁴ Centre for International Law Research and Policy.op cit

igualitaria conllevando incluso al rompimiento del principio de igualdad, lo que repercute directamente dentro de la disparidad de jurisprudencias emitidas por la CPI.

Errores que han de ser exaltados e identificados individualmente dentro de la estructura escrita y practica en el ámbito internacional, y como repercute directamente la falta de existencia de una institución jurídica como la responsabilidad por el mando dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior no significará bajo ninguna circunstancia la falta de operatividad del juez colombiano, al contrario, es de observar como en uso de figuras disciplinarias, o tradicionales de autoria y participación intenta a toda costa vincular por medio de una acción penal un “comportamiento” omisivo.

Ello, haciendo hincapié en la necesidad fehaciente de crear una institución jurídica similar que reúna las fallas ya identificadas del planteamiento internacional de la responsabilidad por el mando y que en la practica atienda a cada una de las situaciones en las que por medio de la omisión se incurre directamente en la comisión de un delito que afecte la dignidad humana.

Para lograr lo anterior, es necesario conocer los precedentes que motivaron la creación de modelos de imputación, para vincular a sujetos que bajo calidades formales/gubernamentales impedían si quiera el inicio de una investigación penal. Para cumplir así con estándares de justicia demarcados internacionalmente. Es así, como con la concurrencia de grandes guerras inicia la preocupación internacional por lograr una justicia verdadera y establecer de manera coercitiva a través de los sucesos venideros; en el que todo acto criminal que atente contra la vida humana será castigado y penado de manera congrua a la atrocidad que se haya cometido. Fue entonces, cuando una vez terminada la Primera Guerra Mundial, se firma el Tratado de Versalles, quien con uso de este instrumento jurídico se apoya diferenciar de manera clara que aquellos con facultades gubernamentales, ordenaron la comisión de delitos, sobre los

cuales bajo un grado mínimo de tolerancia no debían ser dejados a la merced en la impunidad.⁵

Con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, se logra visualizar el uso de la figura de la Responsabilidad por el mando, una vez establecido la diferencia entre vencidos y vencedores se da surgimiento a la creación de tribunales *Ad-Hoc* para la penalización y castigo de aquellos que fueron directos responsables y promotores de la guerra. fue así, como por medio del uso de herramientas como el Estatuto de Núremberg se logra normativamente a través de figuras jurídicas penales, la manera legal de judicializar a los máximos responsables, sin tener en cuenta circunstancias ajenas a la comisión de los crímenes, como lo eran la dirección gubernamental de un estado, o la posición militar que se tuviese. La misma motivación se tuvo para la creación del Tribunal Militar para el Lejano Oriente (Tokio), las dimensiones de la guerra habían sido tan grandes que abarcar bajo una misma situación jurídica acapararía la realización de una justicia poco optima, por lo tanto con base en los preceptos jurídicos de los cuales se hizo uso en Núremberg, se hizo uso en Tokio, para que, de manera congruente se lograra castigar a los militares, incluso emperadores que incurrieran bajo la dirección en la comisión de los crímenes, u omisión en la represión de estos mismos, aunque en la practica fuese diferente. ⁶

Sucesos posteriores no se hicieron esperar, era notoria la creación de una instancia judicial ajena a los cambios fluctuantes de gobierno en cada Estado, que lograrse establecer desde antes de la comisión de crímenes de importancia para los Derechos Humanos, la manera en que serian responsables por medio de la responsabilidad por el mando y otras figuras como la autoria mediata. Fue entonces, que con la creación de la CPI a través del Estatuto de Roma se incluye la responsabilidad por el mando y otras formas de autoria para castigar a los

⁵ DIPUBLICO. Tratado de Paz de Versalles (1919). Jun,6,. [Consultado el Sep,1,2019]. Disponible en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

⁶ OLASOLO & CANTOR. La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. op.cit. 449-450

máximos responsables sean militares o civiles por sucesos que ameritan el juzgamiento internacional.

Una vez ya designados los títulos de imputación de los cuales se hará uso, es necesario igualmente establecer sobre cuales se logra dotar de relevancia la imputación de los máximos responsables, diferenciando que pueden incurrir tales calidades dentro de aspectos militares o civiles. Por lo tanto, figuras como la autoria mediata y la responsabilidad por el mando serán de gran sustento normativo para llegar al fin deseado.

Sin embargo, no solo con el uso formal de la normatividad se podrá demarcar el uso de la figura de la responsabilidad por el mando, por el contrario, es necesario examinar la practica legislativa sobre la cual se aplica los preceptos del Estatuto de Roma, haciendo una lectura de la jurisprudencia de la corte se logrará entender de manera mas practica la forma y los requisitos que son necesarios para analizar los distintos títulos de imputación, pero sobre todo como a través de los constantes errores interpretativos plasmados en la jurisprudencia se puede en un futuro crear un concepto unánime y en la medida sin equívocos para garantizar una justicia homogénea a los lineamientos dogmáticos planteados

Casos como el de Thomas Lubanga Dylo , Jean Pierre Bemba Gombo, Bosco Ntaganda , entre otros, reflejaran a través de la jurisprudencia de la CPI, la manera en que se da aplicación de figuras como la autoria mediata, la responsabilidad por el mando y autoria; como entiende la Corte la forma en que deben presentarse o interpretarse los requisitos exigido en una y otra figura y como a través de su análisis jurisprudenciales podrán hallarse similitudes entre unas y otras figuras con el titulo de imputación de la responsabilidad por el mando, a pesar de que unos se refieran a acciones y este ultimo a la omisión.

Es importante tener conocimiento sobre las bases de aplicación en las que se podría incurrir en una posible responsabilidad penal internacional. Por lo tanto, es de igual necesidad hacer observancia en este estudio de las situaciones teórico-prácticas por las cuales atraviesa el ordenamiento jurídico colombiano, y analizar si se encuentra en concordancia con los mínimos legales establecidos, si nuestras instituciones se encuentran alineadas con las distintas maneras en que puede presentarse la criminalidad hoy en día, para que a raíz de la lectura conjunta de jurisprudencia internacional y nacional se llegue a concluir que elementos son de resaltar e infaltables dentro de la responsabilidad por el mando como concepto que demostrará ser necesario en el uso de la imputación penal.

Es de esta manera como se logrará determinar la forma en que figuras como la responsabilidad por el mando llega a generar un vínculo de autoría para los sujetos que sea considerados como máximos responsables, que dentro del plano material de la consumación de los hechos no se logran fácilmente identificar la presencia o acción delictiva de este mismo, por lo tanto infiere como un título de imputación extensivo cuando dentro de los lineamientos y exigencias generales de los tradicionales no sea posible circunscribirlo.

Será entonces a través de la lectura conjunta de la normatividad internacional y los casos determinados como se logrará llegar a un concepto unánime de responsabilidad por el mando con aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, una observación de casos específicos para llegar a una conclusión general.

Empero, la falta de regulación nacional y doctrina actual sobre el mismo tema hará obligatoriamente la creación misma de doctrina dentro del escrito desarrollado, situación que conlleva a la propuesta final sobre una normatividad integral dentro de la institución de la responsabilidad por el mando, como hará de demostrarse con mayor profundidad a continuación.

TABLA DE CONTENIDO.

CAPITULO I. “DELIMITACION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO COMO CRITERIO DE IMPUTACION EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.”	19
1. HECHOS PROPULSORES PARA LA CREACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.	23
1.1 PRECEPTOS ANTERIORES AL SIGLO XX QUE DIERON INICIO PARA ESTABLECER LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ENCARGADO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE GRANDES HECHOS CRIMINALES.....	26
1.2 LA LLEGADA DEL SIGLO XX Y LOS CIMIENTOS DEJADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS.	29
1.2.1 El Tratado de Versalles (1919).	29
1.2.1.1 Hechos que generaron la redacción del tratado de Versalles.....	30
1.2.1.2 Constitución de un Tribunal Especial de Justicia.	32
1.2.1.3 Condenas Impuestas dentro de la celebración de los juicios.	35
1.2.2 La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y los hechos que permitieron el nacimiento de los tribunales Ad Hoc.	38
1.2.2.1 1943 Comisión de las naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra.	41
1.2.3 Creación del Tribunal de Núremberg y las distintas perspectivas gubernamentales en vísperas a su creación.....	42
1.2.3.1 Constitución del Tribunal de Núremberg y los criterios de imputación desarrollados dentro del mismo.	44
1.2.3.2 Jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg y su aporte a los criterios de imputación.	50

1.2.4	Episodios Originarios a la creación del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio.	56
1.2.4.1	Constitución del Tribunal Penal Militar internacional para el Lejano Oriente.	58
1.2.4.2	Desarrollo los Juicios dentro del TMLO y sus aspectos relevantes en la imputación penal.	61
1.2.4.3	Máximo responsable: Emperador Hirohito y la forma en hubo desuso de la permeabilidad del cargo oficial.	64
1.3	GUERRA DE VIETNAM- DESARROLLO DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.	66
1.3.1	Ernest Lou Medina como responsable por las acciones cometidas por su brigada.	69
2.	COMPROMISOS ADQUIRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA REALIZACIÓN DE ESTOS TRIBUNALES DE GUERRA MILITARES.	71
3.	PRECEPTOS GENERALES PARA LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.	74
CAPITULO II. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.		79
1.	ARTÍCULO 25 DEL ER A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE MÁXIMOS RESPONSABLES.	80
1.1	AUTORIA DIRECTA-MATERIAL Y LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN PARA SER MÁXIMO RESPONSABLE.....	82
1.2	ASPECTOS DETERMINANTES EN LA COUATORIA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.....	84

1.3	AUTORIA MEDIATA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN A LOS MÁXIMOS RESPONSABLES.	86
1.4	COAUTORIA MEDIATA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DESARROLLADO POR LA CPI EN LOS CASOS DE SUEJOS ACTIVOS COMO MÁXIMOS RESPONSABLES.	89
2.	CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO; (ARTÍCULO 28 DEL ER) COMO FORMA DE IMPUTACIÓN PENAL DENTRO DE LA OMISIÓN.	92
2.1	NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.	95
2.1.1	Responsabilidad por el mando como delito de omisión propia.	96
2.1.2	Responsabilidad por el mando como un delito de omisión impropia (comisión por omisión).	98
2.2	ELEMENTOS INTEGRALES DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.	99
2.2.1	Elementos objetivos de la responsabilidad por el mando.	100
2.2.1.1	Status del superior o relacion superior- subordinado.	101
2.2.1.2	“Mando y control” y “autoridad y control efectivo”.	102
2.2.1.3	Causalidad entre la omisión del superior y la comisión de los delitos por parte de los subordinados.	105
2.2.1.4	Medidas necesarias y razonables.	106
2.2.2	Elementos subjetivos de la responsabilidad por el mando.	111
2.2.2.1	“hubiere sabido” o “hubiere tenido conocimiento”.	113
2.2.2.2	“Hubiere debido saber.”	114
2.2.2.3	“deliberadamente hubiere hecho caso omiso.”	115
2.2.2.4	La exigencia del dolo especial en el superior por el mando.	116
2.2.3	Alcance del artículo 30 del Estatuto de Roma. ¿problemas en la aplicación de un marco menor al dolo?	117

3. EL CONCEPTO DE DELEGACIÓN Y CONTROL EFECTIVO SOBRE LAS PERSONAS TENIDAS A SU CARGO, SI ESTOS COMETEN CRÍMENES ESTUDIADOS POR LA CPI.	119
--	-----

CAPITULO III. “RESPONSABILIDAD POR EL MANDO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.”	121
--	-----

1. APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL COMO MÁXIMO RESPONSABLES EN EL CASO THOMAS LUBANGA. .	123
---	-----

1.1 HECHOS IMPUTADOS ANTE LA CPI.	124
1.1.1 Contexto social.....	124
1.1.2 De la autoria en el delito de reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años como partícipes de los conflictos armados.	126

1.2 DE LA COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL CASO LUBANGA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.	128
1.2.1 Existencia de un plan común.	128
1.2.2 Contribución esencial.....	130
1.2.3 Intención y conocimiento.....	132
1.2.4 Conocimiento de las circunstancias de hecho que establece la existencia de un conflicto armado y su conexión con la comisión del crimen.	133

1.3 CARACTERÍSTICAS COMPARTIDAS DENTRO DEL MODELO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.....	135
1.3.1 Tener la calidad de superior militar y delitos fruto de la omisión del superior.	135
1.3.2 Mando/ autoridad y control efectivo y falta de adopción de las medidas necesarias y razonables para impedir la ejecución de los crímenes.....	136

1.3.3	El superior sabía de los hechos delictivos cometidos por sus tropas a cargo.	137
2.	APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN EL CASO JEAN PIERRE BEMBA GOMBO.	139
2.1	HECHOS IMPUTADOS ANTE LA CPI.	139
2.1.1	Contexto social de la responsabilidad penal de Jean Pierre Bemba.....	139
2.2	IMPUTACIÓN A TITULO DE COAUTORÍA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE EN EL CASO BEMBA (SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES III).	142
2.2.1	Cambio en la imputación de coautoría mediata a responsabilidad por el mando.	147
2.3	IMPUTACIÓN A TITULO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO-SALA DE PRIMERA INSTANCIA II.	149
2.3.1	Los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte deben haber sido cometidos por fuerzas.	151
2.3.2	El acusado debe haber sido un comandante militar o una persona que realmente actúa como comandante militar.....	152
2.3.3	El acusado debe haber tenido un mando y control efectivos o una autoridad y control efectivos sobre las fuerzas que cometieron los crímenes.	153
2.3.4	El acusado no debe haber tomado todas las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la ejecución de los delitos o para remitirlos a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.....	155
2.3.5	La ejecución de los crímenes debe resultar del fracaso del acusado para ejercer el control adecuado sobre las fuerzas en cuestión.....	160
2.3.6	El acusado sabía, o, debido a las circunstancias, debería haber sabido, que esas fuerzas estaban cometiendo o estaban a punto de cometer esos crímenes.....	161

3.	APLICACIÓN DE LA COAUTORIA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE EN EL CASO BOSCO NTAGANDA.....	163
3.1	CONTEXTO SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE BOSCO NTAGANDA.....	164
3.2	IMPUTACIÓN A TÍTULO DE COAUTORÍA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.....	165
3.2.1	Plan Común como requisito de la imputación de coautoría mediata en el caso Ntaganda.	167
3.2.2	Contribución esencial como requisito exigido para la coautoría mediata del acusado Ntaganda.....	168
3.2.3	Ejercer control sobre la organización. (UPC/FPLC).....	169
3.2.4	La Organización debe ser una Estructura Organizada de Poder.	170
3.2.5	La ejecución de los delitos debe estar garantizada por una obediencia casi automática a las órdenes dadas por el acusado Bosco Ntaganda.	171
CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN COLOMBIA.		177
1.	CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN CODIGO DISCIPLINARIO MILITAR.	178
1.1.	RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL MANDO.....	182
1.2.	“RESPONSABILIDADES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.”	183
1.3.	“UNIDAD DE ACCIÓN.”	185
1.4.	“CAPACIDAD DE DECISIÓN, INICIATIVA Y CREATIVIDAD.”.....	185
1.5.	“EJERCICIO DE LA AUTORIDAD.”	186
1.6.	“TOMA DE DECISIONES.”	187
1.7.	“RAZONAMIENTO DE LAS ORDENES.”	188
1.8.	“TRANSMISIÓN DE LAS ORDENES” A TRAVÉS DE SUS INMEDIATOS SUBORDINADOS.	189

2.	CÓDIGO PENAL MILITAR Y LOS MATICES DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.....	191
2.1.	COMPETENCIA FUNCIONAL PARA IMPEDIR LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS.	194
2.2.	CONTROL EFECTIVO PARA PODER DESPLEGAR LA ACCIÓN ENCAMINADA A EVITAR LOS DELITOS.....	196
2.3.	DEBER JURÍDICO DE EVITAR RESULTADO LESIVO POR SUS TROPAS	197
2.4.	DISPOSICIÓN DE RECURSOS Y MEDIOS PARA HACER USO DE ELLOS COMO MÓVILES ADECUADOS Y EVITAR LA COMISIÓN DEL DELITO.	199
2.5.	PROTECCIÓN REAL Y EFECTIVA DEL BIEN JURÍDICO O VIGILANCIA DE LA DETERMINADA FUENTE DE RIESGO.....	200
3.	ANÁLISIS DE LAS FIGURAS DE IMPUTACIÓN PENAL COMO MAXIMO RESPONSABLE DENTRO DE LA LEY 599 DE 2000.....	202
3.1.	ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO INTERNACIONAL EN LA FIGURA JURÍDICA COLOMBIANA DE LA AUTORÍA MEDIATA.	203
3.2.	ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO INTERNACIONAL EN LA FIGURA JURÍDICA COLOMBIANA DE LA COAUTORÍA.	208
3.3.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO-COMISIÓN POR OMISIÓN COMO RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.	211
3.3.1.	Naturaleza jurídica de la comisión por omisión.....	213
3.3.1.1.	Requisito de equivalencia en la acción a la omisión.....	215
3.3.2.	Requisitos de la comisión por omisión y su semejanza con los necesarios en la responsabilidad por el mando.....	217
3.3.2.1	Existencia de una situación típica.	218
3.3.2.2	Ausencia de la acción a la que está obligado.	220

3.3.2.3	Capacidad para realizar otra acción.	222
3.3.2.4	Existencia de la posición de garante.	223
3.3.2.5	Producción de un resultado lesivo.....	226
3.3.2.6	Posibilidad de evitar un resultado.	228
CAPITULO V. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ-JEP.....		231
1.	DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 4 DE ABRIL DE 2017 Y LA REGULACIÓN REALIZADA EN LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.	233
1.1	APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO PARA LOS SUJETOS QUE NO HACEN PARTE DE LA FUERZA PÚBLICA.	236
1.2	ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL EFECTIVO COMO ELEMENTO CRUCIAL PARA LA IMPUTACIÓN PENAL EN LAS FUERZAS PÚBLICAS.	238
2.	RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA JEP.	243
2.1	DIFERENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO A LA LUZ DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA.....	246
2.1.1	Responsabilidad por el mando en el acuerdo final de paz vs. Responsabilidad por el mando en el Estatuto de Roma.....	247
3.	PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	257
CONCLUSIONES.		267
BIBLIOGRAFIA.		277

CAPITULO I. “DELIMITACION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO COMO CRITERIO DE IMPUTACION EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.”

Desde el exordio del Derecho internacional, se ubicó la Responsabilidad Penal Internacional como un axioma ajeno a los sujetos individualmente considerados, dado que en la orbita internacional solo se hallaba como responsable al Estado, ocupándose el derecho interno de cada Estado de la responsabilidad individual por un hecho penal.⁷

No obstante, producto de los múltiples sucesos de guerra internacional se logró demostrar que establecer responsabilidades penales a los Estados no era factible y no arrojaba un resultado seguro en cuanto a la intención coercitiva de prevención que se pretendía dejar al juzgar por un crimen internacional.⁸ Puesto que estos últimos eran cometidos por sujetos individualmente determinados y no por entidades abstractas con personalidad jurídica como lo son las Naciones; por lo tanto, era necesario desarrollar instituciones jurídicas que hicieran posible el surgimiento de la responsabilidad penal internacional.⁹

⁷ ÁVILA JAIMES, Lorena y BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir. Manual de derecho penal internacional. Bogotá : Legis, 2017. P.42; también en: OLÁSOLO ALONSO, Héctor. Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales : dilemas políticos y normativos. Valencia : Tirant lo Blanch, 2017.P. 49 **“El objeto del derecho internacional publico había sido hasta entonces regular la conducta de los estados bajo la advertencia de que los mismos incurrían en responsabilidad individual (de naturaleza no penal) en caso de incumplimiento, la aparición del DIP en sentido estricto, en cuanto a rama del derecho internacional publico, implica la regulación de la conducta de los seres humanos bajo la amenaza de que los mismos incurrirán en responsabilidad internacional de carácter penal en caso de realizar comportamientos prohibidos”*

⁸ Ibíd. P. 42; también en: LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo. Derecho Penal Internacional.; En: Anónimos Madrid : Editorial Dykinson, 2016 .P.51

⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *loc cit*, Tomo I, pág.426; Citado por: MARTÍNEZ ALCANIZ,Abraham. El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Madrid : Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015; p. 63

El desarrollo de la responsabilidad penal internacional no fue externo a objeciones por parte de los Estados, pues choca con valores integrales de los elementos de un Estado como lo son la soberanía nacional, haciendo necesario distinguir los limitantes entre el derecho penal internacional y la llamada soberanía nacional.¹⁰ Ello para posibilitar la plena coerción por parte del Derecho Penal Internacional, en adelante DPI.

Solo con el surgimiento de las grandes guerras iniciadas a partir del siglo XX se logra la creación de Tribunales Internacionales y Convenios que plasmaran los axiomas de responsabilidad penal internacional; dejando poco a poco material jurídico legislativo, para poder finalmente tener un instrumento completo en cuanto a la imputación de crímenes de carácter internacional a los máximos responsables.¹¹ Demarcando así de manera teórico-práctica la aplicación de normatividad eficiente, para realizar justicia en el marco internacional.¹²

Inicialmente la vista fue dirigida hacia aquellos sujetos que tenían categorías jerárquicas claras como lo era un sistema gubernamental o militar, no obstante, dentro de un aparato organizado de poder al margen de la ley, también existía una demarcación jerárquica bastante clara y por lo tanto era ostensible que también debía vincularse como responsables ante el derecho penal, dado que la posición de comandante no estaba supeditada a un nombramiento, si no por el contrario a cualquier sujeto que efectivamente tenga la calidad operacional del mismo¹³. Lo anterior, indica por lo tanto que sujetos serian objeto de estudio por parte del DPI, disminuyendo así, el espectro de aplicación del mismo en cuanto a su uso en el ámbito de la competencia radicada en los sujetos activos de los crímenes.

¹⁰ ÁVILA JAIMES y BENAVIDES VANEGAS. op. cit., p. 12

¹¹ OLÁSULO ALONSO. op. cit., p. 95. También en: LAFUENTE LIÑAN. Op. cit., 51

¹² *Ibíd.* P. 95

¹³ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T. La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual, 1 de febrero de 2001. Obtenido de: <https://www.icrc.org/spa/resources/document/s/misc/5tdpf.htm>

Como se planteó anteriormente, desde la expedición de los Convenios de Ginebra se dispuso responsabilizar los máximos responsables; en los cuatro Convenios rige un instrumento similar el cual es el principio de jurisdicción universal,¹⁴ sobre el que reposa la obligación que tienen los Estados de juzgar a los sujetos perpetradores de crímenes internacionales, el Estado puede perseguirlo judicialmente así el sujeto presuntamente culpable sea un extranjero y haya cometido un crimen de guerra en otro Estado, esto sustentándose en evitar toda impunidad posible al no ser factible la imposición de pena alguna.¹⁵ Algunos Estados reconocen parcialmente la jurisdicción universal, enfocando su competencia a crímenes determinados de manera expresa como lo son los crímenes competencia de la CPI, otorgando así poder de regulación en cuanto a la soberanía nacional de cada Estado.¹⁶

Lo mencionado demuestra que, desde antes del surgimiento de los Tribunales *Ad-Hoc* se buscó ampliar el marco de acusación toda vez que, se encontraba restringido territorialmente y amparado de forma rígida bajo la soberanía nacional en protección a sus ciudadanos, empero el argumento fue menor en cuanto a la urgencia por no poder aprehender a quienes habían cometido crímenes de gran magnitud ante la comunidad internacional.¹⁷

¹⁴KRESS, Claus and BAUTISTA PIZARRO, Nathalia Elena. Estudios sobre la parte especial del derecho internacional penal. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios en Filosofía y Derecho, 2018; Nathalia Bautista Pizarro, editora, 2018, p. 235-238 : * *“Existe jurisdicción universal como facultad y como obligación de juzgar: como facultad significa la posibilidad que tienen los estados de juzgar los crímenes sin tener en cuenta nacionalidad o territorio en que se haya cometido el crimen internacional, esto en harás de salvaguardar los derechos humanos. Esto esta explicado dentro del preámbulo del estatuto de roma “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, es el móvil por medio del cual los estados actúan en protección a la comunidad internacional. - por su parte la obligación de juzgar no se encuentra expresamente establecida dentro del estatuto, haciendo así necesariamente el uso de las Convenciones de Ginebra en sus infracciones graves y en el protocolo 1 que si lo establece.”*

¹⁵ IBÁÑEZ GUZMÁN Augusto J. La Corte Penal Internacional un avance contra la impunidad. En: VNIVERSITAS. no. 107. P. 14-15. 19. Ver también: GUTIÉRREZ POSSE. op. cit. También en: ÁVILA JAIMES y BENAVIDES VANEGAS. op. cit., p.36. * sobre la finalidad de la Justicia Universal hallamos lo siguiente: *“la finalidad de la justicia universal es poder enjuiciar a los responsables de los delitos mas graves que atentan contra la comunidad internacional, es decir los crímenes internacionales.”* MARTÍNEZ ALCÁÑIZ. op.cit p. 37

¹⁶ BURBANO CASTILLO, Efraín. Manual de derecho penal internacional. Bogotá : Leyer, 2015. P. 16-17

¹⁷ OLÁSULO ALONSO. op. cit., p. 95.. También en ÁVILA JAIMES y BENAVIDES VANEGAS. op. cit., p.37.

Los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales aparte de ser un instrumento de protección que debe ser usado en medio de las hostilidades de la guerra, también tienen como base la conducción en referencia a la responsabilidad por el mando,¹⁸ aunque no de una manera explícita; si permitió referirse de forma directa las faltas graves cometidas por los subordinados al interior de una organización militar e igualmente demarcar de forma concisa los deberes y obligaciones de los comandantes militares.¹⁹ Es decir, existía con anterioridad una incipiente preocupación por parte de las instituciones internacionales en cuanto a la manera en que estaban siendo llevadas las hostilidades y la responsabilidad que se tenía por parte de los máximos dirigentes militares cuando estos hubiesen omitido u ordenado una acción militar cuestionable.²⁰

Es relevante precisar que en los Convenios de Ginebra se vinculó tanto a civiles y militares como responsables, pues hace uso de la terminología persona para comprender ambas categorías de sujetos, dando responsabilidad a los autores directo del crimen como al superior que dio la orden.²¹ Así, se tenía una base sobre la cual se pudiese desplegar toda una creación jurídica para legislar la penalidad en los máximos responsables por crímenes internacionales, es decir a momento del surgimiento de los tribunales *Ad-Hoc* se tenían ya guías para poder crear tal responsabilidad, situación que no quiere decir que enmarcaban de legalidad los estatutos expedidos para ello; pero si daban una idea clara sobre a quien se debía juzgar.²²

¹⁸ GUTIÉRREZ POSSE. op. cit.

¹⁹En el derecho internacional humanitario (DIH) se estipula un sistema de represión de las violaciones de esta rama del derecho., *et al.* "La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión.

²⁰ IBÁÑEZ GUZMÁN. Op. cit. P. 26.

²¹ GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. Comité Internacional de la Cruz Roja. 30 de septiembre de 1999. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm>

²² GUTIÉRREZ POSSE. op. cit. Entre otros: a AnonymousTribunales ad hoc; [Consultado el 28 marzo2018]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>

Igualmente, se cuenta con distintos instrumentos internacionales como lo son la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio la vinculación de gobernantes, funcionarios públicos y particulares como responsables por los crímenes de genocidio.²³ Situación, que confirma lo ya estipulado en los convenios de Ginebra y de igual forma, recalca que al interior de un ente particular se encuentra también una distinción jerárquica que, aunque en algunos casos sea difícil determinarla siempre se organizará de esta manera.²⁴

Por tanto, la creación de instrumental jurídico internacional permitió dentro de la comunidad internacional delimitar el estudio de la responsabilidad de los funcionarios del estado o particulares siempre que sus acciones u omisiones fueran la base directa en la creación de un crimen internacional, abriendo paso así como se planteó anteriormente los cimientos que serían utilizados por parte de los tribunales *Ad-Hoc* como se estudiará a continuación.

1. HECHOS PROPULSORES PARA LA CREACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

A lo largo de los años, han suscitado hechos atroces que han generado las ansias de justicia en los diferentes organismos internacionales y los mismos Estados, lo cual ha llevado a que en la actualidad se legisle de una forma efectivamente coercitiva la temática; discriminando, aquellos que cumplen simples órdenes o son adeptos de las ideologías impartidas, de los que efectivamente son los máximos responsables por las doctrinas transmitidas y la capacidad de delegación que se tenga²⁵. Ello ha permitido llegar hasta este punto en el cual se hace

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. [Consultado el 28 Marzo 2018]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

²⁴ GREPPI. op. cit

²⁵ CABIELES PEÑA Clara Cristina. Máximos responsables. En: GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Justicia transicional en los acuerdos de la Habana y sus especificidades. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. P. 874

necesario iniciar este relato con la historia de estos sucesos, para así lograr comprender desde una óptica más realista que tipo de crímenes son de interés para la formación de la responsabilidad jurídico penal que engloba la activación de la competencia de la CPI.²⁶

Los actos objeto de penalización, han denigrado en lo más profundo al ser humano en su totalidad, consecuencia que ha repercutido en la descripción de las acciones u omisiones como crímenes internacionales, hoy en día agrupados bajo la categoría de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión y que activan el estudio por parte de la Corte Penal Internacional.²⁷

La mayoría de los crímenes, han tenido como epicentro conflictos internos, que posteriormente han sido magnificados al ámbito internacional ya sea por la gravedad de los actos cometidos o por la sucesiva participación de otros estados ajenos de forma directa al conflicto²⁸; el desarrollo de la temática se ha centrado generalmente en los tribunales *Ad-Hoc* (Núremberg, Tokio, Ex Yugoslavia, Ruanda), que han surgido como consecuencia posterior a la guerra y que han marcado precedentes necesarios para impulsar la creación de lo que hoy es la CPI y el desarrollo del significado de máximos responsables como criterio de imputación dentro de esta.²⁹

²⁶ REYES PAVEZ, Ernesto Salvador; El interés de la justicia como causal para no iniciar una investigación o enjuiciamiento en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [Consultado el Feb,15,2019]. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_CODEPUandIMS_May05.pdf

²⁷ Naciones Unidas. Estatuto de Roma; [Consultado el marzo 292018]. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html

²⁸ James Stewart. Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados; [Consultado el 1 abril 2018]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5w3juy.htm>

²⁹ AnonymousTribunales Ad-Hoc. Oct,29,. [Consultado el Feb,15,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>

Es relevante estudiar tales sucesos debido a los grandes aportes dogmáticos que fueron dejados con la creación de los tribunales *Ad-Hoc*, haciendo especial observancia en la manera en que se logra cimentar los distintos criterios de imputación utilizados y haciendo especial enfoque en la aplicación de los mismos a través de los años.³⁰

Es igualmente importante recalcar que desde épocas precedentes a los tribunales existían referencias alusivas a la responsabilidad del superior, estableciéndose como los derechos y deberes del mando militar y tratando de equiparar al civil y al ente militar como persona responsable,³¹ panorama que permite en sucesos posteriores un punto de partida clave en cuanto a la imputación penal de crímenes internacionales; demarcando la existencia de un interés supranacional para impedir todo acto u hecho criminal que afectan a la sociedad internacional, a través del surgimiento de la justicia penal militar.³²

Así las cosas, partiremos de un recuento cronológico de los hechos y normas que surgieron a través de la historia y que motivaron la posterior creación de la Corte penal Internacional, analizando cual fue su aporte dogmático, procesal e histórico.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ En el derecho internacional humanitario (DIH) se estipula un sistema de represión de las violaciones de esta rama del derecho., *et al.* "La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión.

³²PASTOR, Daniel " El Poder Penal Internacional" P. 24, Citado por: MARTÍNEZ ALCANIZ. op. cit P.40

1.1 PRECEPTOS ANTERIORES AL SIGLO XX QUE DIERON INICIO PARA ESTABLECER LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ENCARGADO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE GRANDES HECHOS CRIMINALES.

Nos remontamos al año de 1386, época en la cual el Rey Ricardo II estableció límites en la conducción de las hostilidades, enfocando su protección en las mujeres y la corte celestial. Posteriormente en el año de 1526 el Rey Fernando de Hungría haciendo uso del positivismo, estipuló los anteriores preceptos en códigos. Su sucesor Maximiliano II, en el año de 1570 ejerció la misma labor positivista, al igual que Gustavo II en 1621, todos en aras de generar protección a cierta parte de la población.³³

Hasta tal momento, no se había hecho alusión alguna sobre la responsabilidad individual, lo mencionado anteriormente indicaba de manera clara que existía un espectro de protección a parte determinada de la población, a través de derechos ya establecidos y de los cuales debían desplegarse de la misma manera deberes de respeto y protección en medio de los conflictos armados, deduciendo por lo tanto que a cualquier falta a estos mismos serían castigados por medio de la responsabilidad penal, como se desarrolló en épocas posteriores.³⁴

El primer vestigio de responsabilidad penal individual por hechos de interés internacional, surge en el año de 1474 con Peter Von Hagenbach, quien ejecutaba las órdenes impartidas por el Duque de Borgoña Carlos el Temerario. Sin embargo, por más intentos de excusar hechos como homicidios, violaciones, perjurio, bajo la premisa de una exclusiva dirección de órdenes y único reconocimiento superior al Duque de Borgoña, no se logró eximir de responsabilidad penal bajo la hipótesis de acatamiento de ordenes, trayendo como

³³ Greppi, Edoardo. op. cit.

³⁴ GARCÍA OTERO, Ruth Cristina. Consideraciones en torno a la Corte Penal Internacional. En: JUSTICIA. Enero, 1., vol. 3, no. 27. P.133-143

consecuencia la instauración de un tribunal a cargo del Archiduque de Austria para el efectivo juzgamiento de Peter Von Hagenbach quien fue ejecutado como resultado de las actuaciones cometidas en nombre del Duque de Borgoña.³⁵

A partir de ahí, se sentó un importante paso para vincular a los máximos dirigentes por lo actos criminales cometidos, aunque no se vinculara directamente al Duque de Borgoña, las ordenes que habían sido impartidas por el ya habían sido catalogadas como crímenes y que, una vez fallecido el Duque Carlos, se responsabilizaría penalmente al Gobernador Peter Von Hagenbach como máximo responsable.³⁶

Posteriormente en el año de 1860, inicia la guerra civil en los Estados Unidos de América, tal guerra tenía como fondo la abolición de la esclavitud, razonamiento que no era aceptado por todos los estados, desatándose así, un deseo de escisión en los estados que se encontraban en contra de tal política. Como consecuencia de la guerra en 1863 bajo el gobierno de Abraham Lincoln se crea el Código de Lieber, el cual constituye un primer intento por codificar las leyes referente a la Guerra³⁷, aunque estaba dirigido únicamente a los soldados

³⁵ *Ibíd.* **“Se constituye el primer precedente de un tribunal mixto compuesto por representantes de los soberanos de la liga de la Constanza, expresándose como una unión medieval dentro de la cual se celebraría un juicio germánico puro a la luz publica. Von Hagenbach como gobernador, fue acusado por los delitos de asesinato, perjurio, conspiración, violación buscando el fiscal una sentencia a muerte. La defensa se basó repetidamente bajo un estricto acatamiento de ordenes a su superior el Duque de Borgoña: “Sir Peter von Hagenbach no reconoce a ningún otro juez y maestro, sino al duque de Borgoña, de quien recibió su comisión y sus órdenes. No tenía derecho a cuestionar las órdenes que tenía que cumplir, y era su deber obedecer. ¿No se sabe que los soldados deben obediencia absoluta a sus superiores? ¿Alguien cree que el Duque de la Tierra podría haber protestado con su maestro o se ha negado a cumplir las órdenes del Duque? ¿Acaso el duque no confirmó y ratificó posteriormente todo lo que se había hecho en su nombre?. A pesar de los incontables intentos por excusar las conductas criminales, el tribunal dejó en claro que se debía haber sabido que tales ordenes eran evidentemente ilegales y por lo tanto lo hallaron culpable y fue condenado a muerte”* HELLER, Kevin Jon y SIMPSON, Gerry. *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford: Oxford University Press, 2013. También en ÁVILA JAIMES y BENAVIDES VANEGAS. *op. cit.*, P.45-46

³⁶ *HELLER y SIMPSON. op. cit*

³⁷ FLORES LIERA, Socorro. *De Nuremberg a La Haya: la responsabilidad penal de las personas por crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto*. Disponible en: <https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/números/n76-77/flores.pdf>

estadunidenses, dieron paso a que otros ordenamientos jurídicos codificaran sobre la temática en futuros conflictos internos.

Por tanto, desde antes de la llegada del siglo XX ya existían en los gobernantes la inquietud de legislar para salvaguardar y excluir a la población civil de los conflictos internos y determinar que actos serían castigados por los responsables de los crímenes cometidos, haciendo hincapié en poder efectuar una responsabilidad penal de manera individual y precisa.³⁸

Es así como se logra observar que desde tiempos anteriores al siglo XX se percataba de la necesidad de lograr judicializar y castigar a aquellos sujetos que fuesen considerados como responsables, aunque se escudaran bajo situaciones gubernamentales o superioridad otorgada por la posición que se tuviera en sus reinos, como sucedió con el caso del Duque de Borgoña donde se permitió vincular al gobernador Von Hagenbach sin tener en cuenta su cercanía al imperio; o incluso con la expedición del Código de Lieber se marcó un inicio ostentable en cuanto a la conducción de las hostilidades.³⁹

Aunque no se establecieron criterios de imputación cerrados, para los máximos responsables como son observados en la actualidad; si se logró determinar que dentro de la guerra existían actuaciones prohibidas y que en la ejecución de la misma era primordial respetar mínimos humanitarios sin presentar eximentes de acatamiento de ordenes superiores para llevarlas a cabo, situaciones que conllevaron un futuro próximo la prohibición y castigo de los sujetos activos que como sujetos de responsabilidad penal debían ser castigados ante la ley nacional o internacional como se plasmó tras la llegada del S. XX y siguientes.

³⁸ LIÑÁN LAFUENTE, op. cit. p. 51-52.

³⁹ GUERRERO APRÁEZ, Víctor Alberto. Guerras civiles colombianas: negociación, regulación y memoria. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016.P. 18.

1.2 LA LLEGADA DEL SIGLO XX Y LOS CIMIENTOS DEJADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS.

1.2.1 El Tratado de Versalles (1919).

Con el Tratado de Versalles de 1919, se da inicio a la época que enmarca la necesidad de elevar ciertos sucesos de índole interna a la luz internacional, reiterando la importancia de evaluar las actuaciones cometidas bajo la óptica de otros Estados.⁴⁰

Del mismo modo, el tratado de Versalles erradicó la idea sobre la cual se basaba la responsabilidad en el marco internacional era exclusiva de los estados, haciendo participe ahora al sujeto individualmente considerado, ahora se estimaría como un sujeto internacional a la persona natural.⁴¹

Será igualmente útil determinar los hechos precedentes a la expedición del mismo Tratado para tener conocimiento de los fundamentos empleados que motivaron el planteamiento de criterios de imputación que vinieron a ser desarrollados inmediatamente.

⁴⁰ Abraham. El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Madrid : Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, p. 57

⁴¹Ibíd. p. 57

1.2.1.1 Hechos que generaron la redacción del tratado de Versalles.

No trasladamos al año de 1914, época en la cual es asesinado el Archiduque Austro- Húngaro Francisco Fernando y su esposa Sofía, hecho que desató la primera guerra mundial o también llamada antiguamente como la gran guerra, que abarca el periodo de 1914 a 1918.⁴² Se centró en dos grandes bandos, uno llamado la triple alianza y otro llamada la triple entente cordial (entendimiento cordial). La triple alianza estaba conformada por el imperio alemán, quien tenía a su cargo al emperador “Káiser” Guillermo II y el imperio Austrohúngaro, a los que posteriormente se les unieron el imperio Otomano y Bulgaria, por su lado la triple entente era conformada en su totalidad por Francia, Estados Unidos, Italia, La gran Bretaña y Japón.⁴³

Aunque el detonante de la gran guerra haya sido el asesinato del Archiduque⁴⁴, las causas de fondo reposaban en las ansias imperialistas que se tenían por parte de Alemania al derrotar a un imperio Británico que ya estaba consolidado, las ganas de los pueblos sometidos a yugos imperialistas, como sucedió con el territorio de los Balcanes quienes se encontraban bajo el mando del Imperio Austro- Húngaro y donde se desató la mayoría de encuentros bélicos por el dominio que deseaba tener el país de Rusia sobre estos territorios.⁴⁵

⁴² *Algunos autores atribuyen la caída del Imperio Otomano a la permeabilidad de la cultura y avances militares y tecnológicos del occidente, al gran dominio territorial que se tenía en los continentes de Europa, Asia y África y que así mismo impedían tener un control efectivo sobre ellos, el tema religioso no fue ajeno ya que el catolicismo iniciaba sus adentramientos dentro de los territorios otomanos, cada vez mas el poderío militar del Imperio Otomano era arrasado por los avances militares del occidente; conllevando así a la caída final del mismo. RUBIO NAVARRO, José Fernando, *et al.* 1915: el año más largo del Imperio Otomano: -primera guerra mundial-. Bogotá: Universidad de Ankara; Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 17-35

⁴³ Holocaust Encyclopedia. Primera Guerra Mundial; [Consultado el Feb 15,2018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/world-war-i> también en: SCHMIDT, Paul and TAMAYO, Manuel. Europa entre bastidores: de Versalles a Nuremberg / Paul Schmidt; traducción del alemán por Manuel Tamayo. Barcelona: Ediciones Destino, 1953; 2a. Ed. 13.

⁴⁴ * Para otros autores como Abdullah Gündogdu el foco de la primera guerra mundial giró en cuanto a tres eventos: 1. La alianza Otomano- Germana a partir de 1912. 2. La entrada de Barcos Alemanes y 3. El ataque a las flotas rusas en el Mar Negro realizados por las embarcaciones Alemanas. RUBIO NAVARRO, *et al.* p. 136

⁴⁵ Holocaust Encyclopedia. op. cit

Lo que inició como una guerra de intereses políticos entre dos imperios, sería posteriormente la Primera Guerra Mundial, hecho que ejemplifica una vez más que todo suceso de interés internacional el cual tiene como epicentro un ámbito territorial limitado. Lo cual, se encuentra en constante observancia por la comunidad internacional toda vez que se afecte o vulneren intereses intrínsecos al ser humano, como posteriormente se podrá ver plasmado en los sucesivos Tratados frutos de la PGM.⁴⁶

La PMG, dejó a su paso casi diez mil millones de soldados fallecidos a nombre de la guerra⁴⁷ y que una vez cesaron las hostilidades el 11 de noviembre de 1918⁴⁸ se procedió a la redacción del tratado de Versalles para judicializar a los máximos responsables de los sucesos cometidos y adquirir compromisos que dieran prueba fehaciente de los acuerdos llegados para evitar una posible posterior guerra, aunque esto no haya sido así en el futuro con la ocurrencia de la Segunda Guerra Mundial.

Acabada la guerra, el 25 de enero de 1919 en París, se da función a la *comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y aplicación de las penas por la violación de las leyes y las costumbre de la guerra* conocida como la comisión de los 15 (por ser conformada por 15 miembros) donde se logró concertar aspectos importantes de la guerra como los que fueron: la responsabilidad de los autores de la guerra, los hechos criminales cometidos durante la guerra, la especificación de la responsabilidad penal por sujetos particulares y miembros de alto rango, y por ultimo la construcción de un tribunal para juzgar las ofensa dejadas por la guerra. Es importante, resaltar que dentro del mismo se hizo especial referencia a desligar el aspecto gubernamental como de los autores de la guerra, permitiendo así la imputación de los distintos delitos de guerra incluso a los jefes de Estado.⁴⁹

⁴⁶ RUBIO NAVARRO. op. cit. P. 297-303

⁴⁷ Holocaust Encyclopedia. op. cit

⁴⁸ LINÁN LAFUENTE. op. cit. p. 54; también en: OLÁSULO ALONSO. op cit. p. 88-89

⁴⁹ Ibíd. 54.

Por su parte ,el Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919 donde se proclamaba a Alemania como responsable de la guerra hizo que como nación otorgaran territorios que antiguamente pertenencia a Alemania y que su poderío militar se viera ostentablemente reducido⁵⁰ sin dejar de lado el desarrollo procesal y dogmático en cuanto a la creación de un tribunal especial para el juzgamiento y los criterios de imputación que se utilizarían, materia que será abordada con mayor expansión continuamente.

Por ultimo, con el Tratado de Sèvres (10 de agosto de 1920) se estipuló el compromiso del Gobierno Turco hacer una repartición territorial neocolonial y donde se celebraron múltiples juicios a los responsables de los delitos de guerra cometidos quienes fueron hallados culpables por el exterminio del pueblo Armenio.⁵¹

Cada uno de estos Tratados aportaron de manera indirecta a la construcción de tribunales internacionales *Ad-Hoc* y permearon de instrumentos jurídicos los posteriores axiomas reglamentarios por medio de los cuales serian juzgados los mas altos responsables de sucesos delictivos internacionales.

1.2.1.2 Constitución de un Tribunal Especial de Justicia. (1919)

Como se planteó de antemano, el Tratado de Versalles tenía como objetivo rezagar las consecuencias dejadas por la PGM; sin embargo, a pesar de su gran extensión respecto a los artículos incluidos se hace indispensable centrar nuestra mirada exclusivamente a aquellos

⁵⁰ Little Rich; Paz De Vencedores, Paz De Doble Moral. En: JOSÉ FERNANDO, Rubio Navarro ed. 1915: el año mas largo del imperio otomano. Universidad de Ankara, 2015. P.298

⁵¹ Ibíd. P. 303-303; también en OLÁSULO ALONSO. op cit. p. 89; y LIÑÁN LAFUENTE. op. cit. p 57.

que hagan alusión a la constitución de un tribunal internacional y sobre los que se haga mención a la imputación de los máximos responsables.

Es en su artículo 227 donde se consagra: “la creación de un tribunal especial para el juzgamiento de los responsables por los actos cometidos en medio de la Primera Guerra Mundial, tribunal que sería creado a cargo de las potencias vencedoras la guerra;⁵² justicia que podría ser tomada como una justicia de vencedores y poco objetiva por estar a cargo de quienes resultaron victoriosos en la guerra, pero no menos importante para sentar la necesidad de no dejar impunes actos bélicos relevantes para la humanidad.⁵³

Las bases normativas utilizadas estarían en congruencia con “los mas altos motivos de política internacional teniendo en cuenta los compromisos internacionales y la validez de la moralidad internacional”⁵⁴ aunque no se logre determinar normativamente los limites de la moralidad, si quedaba claro con la redacción del artículo 227 que se haría uso de todos los tratados existentes en referencia a las leyes y costumbres de la guerra para incidir en la manera en que se celebrarían los juicios, dejando de lado los usos jurídicos nacionales.⁵⁵

⁵² * Las Potencias Aliadas y Asociadas público emplazar Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por un delito supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, con lo que asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Es estará integrado por cinco jueces, uno designado por cada uno de las siguientes facultades: a saber, los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

En su decisión el tribunal se guiará por los más altos motivos de la política internacional, con el fin de reivindicar las solemnes obligaciones de las empresas internacionales y la validez de la moral internacional. Será su obligación de fijar la pena que considere debe imponérselas Potencias Aliadas y Asociadas se dirigirán una solicitud a la Gobierno de los Países Bajos para la entrega a ellos de la ex- Emperador con el fin de que pueda ser llevado a juicio.

⁵³ VELA ORBEZOGO, Bernardo. La Justicia de los vencidos En: Revista Zero. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999. p. 10 - 13 ver también: GOLO MANN. Sobre el Tratado de Paz de Versalles.1989-1990. [Consultado el Feb,20,2019]. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/sobre-el-tratado-de-paz-de-versalles/>

⁵⁴ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo. Código de derecho penal internacional. Bogotá : Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2013; Segunda edición, 2013. P. 3

⁵⁵ *Por leyes y costumbre de la guerra debía entenderse como las disposiciones de derecho internacional humanitaria que se tenían a la época es decir los convenios de Ginebra. Greppi, Edoardo. op. cit.

Por su parte, el artículo 228 y 229 del Tratado de Versalles⁵⁶ reafirmaban que los procesos serían siempre llevados ante Tribunales creados por los aliados en respeto a lo allí consagrado y hacen énfasis en que se ligaran a ellos cualquier sujeto sin importar el cargo o rango que hayan otorgado dentro de las autoridades Alemanas, después de que estuvieran debidamente identificados⁵⁷ fue así como con la vinculación del Kaiser y con la mención de lo anterior se muestra la preocupación de los países por dejar a un lado el juzgamiento de quienes no resulta ser los máximos responsables, sin que esto significara su impunidad inicialmente⁵⁸

Quedaba claro, que dentro de la redacción del Tratado de Versalles existía plena intención por que fuese creado un tribunal especial para juzgar los crímenes cometidos en la Primera Guerra Mundial bajo las ordenes impartidas del Emperador Guillermo II, de manera que si se atiende a la literalidad del Art. 227 y en conjunto el Art. 228 solo se tienen como criterios de imputación la individualización de una persona determinada en este caso el Kaiser Guillermo II y que el resto de sujetos responsables que fuesen identificados por su nombre, rango, oficio, empleo que se hubiese tenido bajo la autoridad Alemana también serían responsables.⁵⁹

⁵⁶ *”Artículo 228: El Gobierno alemán reconoce el derecho de las potencias aliadas y Potencias asociadas para llevar ante los tribunales militares las personas acusado de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estas personas, si es encontrado culpable, será sentenciado a las penas establecidas por la ley. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de cualquier procedimiento o el enjuiciamiento ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus aliados. El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias Aliadas y Asociadas Poderes, o una de ella que así lo solicite, todas las personas acusado de haber cometido un acto en violación de las leyes y costumbres de la guerra, que se especifican, ya sea por nombre o por el rango, cargo o empleo que tenían en las autoridades alemanas.

Artículo 229: Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de uno de los Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante los militares tribunales de ese Poder. Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de más de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serán llevadas ante tribunales militares integrados por miembros de los tribunales militares de las Potencias interesadas. En todos los casos el acusado tendrá derecho a nombrar su propio abogado”. Dipublico.org. Tratado de Paz de Versalles (1919) en español. 6 de junio de 2010. Obtenido de <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/> . También en SANCHEZ SANCHEZ. op. cit. p.3

⁵⁷ SANCHEZ SANCHEZ. op. cit. Art. 228 p. 3

⁵⁸ DIPUBLICO ORG. op.cit.

⁵⁹ Ibíd.

Por lo tanto, de la lectura de los mismos es notorio que en todo momento se refería a cualquier sujeto identificable que tuviese autoridad dentro del ejército Alemán como responsable penalmente, abre campo así a la vinculación de los dirigentes como máximos responsables en la guerra sin que se determinen aspectos generales aunque no específicos como lo fueron el direccionamiento de tropas, la responsabilidad penal individual frente al DI y la constitución de un tribunal penal; aspectos que hoy en día se encuentran desarrollados dentro de la responsabilidad por el mando, la creación de la CPI, y para la construcción de los criterios de imputación que serían desarrollados con posterioridad.

1.2.1.3 Condenas Impuestas dentro de la celebración de los juicios.

La lista presentada por la Comisión Investigadora Internacional creada por los aliados victoriosos contenía alrededor de 900 personas responsables, incluyendo jefes superiores y comandantes de tropas⁶⁰, muy a pesar de la labor realizada por la comisión y por lo establecido en el tratado de Versalles, el Tribunal nunca sesionó ya que el Kaiser Guillermo II se encontraba en Holanda, país que le había otorgado asilo y que posteriormente se negó a extraditarlo.⁶¹ Aunque, se haya tratado solamente de la negativa de entregarlo a disposición del tribunal, si impidió que los otros procesos fueran celebrados, puesto que lo relevante de la acusación era vincularlo como máximo responsable y sin el cumplimiento del proceso dentro del Tribunal Especial, ya no habría impulso para llevar a cabo la celebración de los juicios de los otros responsables. Fue así, como el interés de los Aliados se fue disipando poco a poco hasta llegar al punto de otorgar en el caso Turco impunidad absoluta para sus militares responsables por crímenes de guerra, impunidad que atendió exclusivamente a

⁶⁰ WERLE, Gerhard, *et al.* Tratado de derecho penal internacional. Valencia : Tirant lo Blanch, 2017; 3a. edición, 2017.p. 39

⁶¹ GUTIÉRREZ POSSE, op. cit.

intereses políticos y bajo la manipulación Turca utilizada en la falta de estabilidad del gobierno si ello sucedía.⁶²

Alemania por su parte, dispuso desde siempre que una vez celebrado el tratado de Versalles, se respetaría el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, es decir, aquí juega un papel importante la soberanía nacional ⁶³ y si se observa el artículo 9 de la constitución Alemana se prohíbe cualquier entrega de un ciudadano Alemán a otro gobierno⁶⁴. Estos fueron claros limitantes que se encontraban incluso dentro del mismo articulado del tratado de Versalles, es decir, desde su inicio se pudo observar la falta de credibilidad en la creación de un tribunal especial e independiente que asegurara la real judicialización de los acusados.

Aunque el Tribunal nunca fue formado, y los más de 900 responsables no tuviesen un juicio a cargo de las potencias aliadas como era la intención inicial, de manera aleatoria para satisfacer la necesidad de los aliados vencedores se estableció el tribunal supremo de Reich, conocidos como los juicios de Leipzig puesto que ahí tenían su sede.⁶⁵

Sería el Procurador General de la Corte Suprema Alemana quien decidiría que casos irían a juicio⁶⁶, es decir, la labor realizada por la comisión de investigación al vincular a los acusados en la segunda guerra mundial tomó un rumbo poco confiable, en el cual las decisiones judiciales ni siquiera mostrarían de manera fidedigna cuales casos podrían ser procesados. Los juicios de Leipzig fueron realmente una simulación de judicialización penal, pues sus procesos en gran mayoría no fueron penados, solo 13 casos llegaron a un efectivo juicio

⁶² BASSIOUNI M.,Cheriff. De Versalles a Ruanda en 75 años: La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional permanente;. En: Derecho Público. mayo. No. 10.

⁶³ Tratado de Versalles.

⁶⁴ Ibíd. También en MARTÍNEZ ALCANIZ. op. cit. p. 58.

⁶⁵ Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B. José A. (comp.) Derecho internacional de los derechos humanos. México: Distribuciones Fontamara. 2006. Pág.692

⁶⁶ CHERIF BASSIOUNI, op. cit.

oral⁶⁷, con sentencias que tenían un mínimo de seis meses y un término máximo de 4 años, en la determinación del monto carcelario influyó de manera notoria la opinión pública de los ciudadanos Alemanes, puesto que aquellos vinculados en los juicios de Leipzig eran vistos como unos verdaderos héroes nacionales y no como los reales responsables de la SGM, otorgando así sentencias ficticias.⁶⁸

El panorama no fue mejor, desde la óptica judicial para los oficiales turcos responsables de la matanza de armenios en Turquía en el año de 1915, puesto que en 1923 con el tratado de Lausanne que debía abarcar todos los procesos contra los oficiales Turcos, se les otorgó la amnistía por los hechos sucedidos,⁶⁹ quedando así impune todos los crímenes cometidos en medio de la guerra.⁷⁰

A pesar de lo anterior, la expedición del Tratado de Versalles dejó presente la posibilidad y necesidad de vincular a los máximos responsables por los hechos sucedidos y la importancia de crear un tribunal internacional para que el juzgamiento de los responsables que sea certero y efectivo, pero que no atienda a los intereses políticos del momento como sucedió con Versalles, si no que por el contrario realmente se forme con anterioridad a los hechos y que en caso de no ser posible, sea formado por una pluralidad en la que se vea incluido igualmente aquellos que no resultaron vencedores en el conflicto a tratar.⁷¹

Sin embargo, fue un aporte que marcó un precedente importante y que fue tomado en los siguientes acontecimientos como la Segunda Guerra Mundial que desencadenó un sin número de iniciativas encaminadas a la protección de la población civil y de los agentes participantes de la guerra encontrados en situación de indefensión, estableciendo la

⁶⁷WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 40

⁶⁸CHERIF BASSIOUNI, op. Cit. P. 55

⁶⁹ Ibíd. P. 51 - 52

⁷⁰ ÁVILA JAIMES y BENAVIDES VANEGAS. op. cit., p.48

⁷¹ GOLO MANN. op.cit.

relevancia de juzgar a los verdaderos responsables de la guerra pues en ellos reposaba sin distinguir cargo gubernamental o militar que se tenga, toda vez que ahí se ubicaba toda la asunción de la culpabilidad. En la actualidad, se plasma el reflejo de la PGM como la situación promotora para los cimientos de la responsabilidad por el mando, como título de imputación autónomo dentro de la dogmática penal.

1.2.2 La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y los hechos que permitieron el nacimiento de los tribunales Ad Hoc.

los rezagos de la PGM fueron el móvil que influyó de gran manera en la ocurrencia del mayor conflicto bélico de la historia mundial, determinado como la Segunda Guerra Mundial; era manifiesto que las grandes cargas económicas de indemnización impuestas a Alemania, las políticas dejadas a este tras la firma del Tratado de Versalles, terminarían impulsando una próxima guerra.⁷² Sin embargo los factores socialistas fueron de gran permeabilidad para la comisión de delitos en contra de la humanidad⁷³ como se abordará a continuación.

Fue así como inicio la SGM, “El 15 de septiembre de 1935 se establece la ley Reich, sobre la bandera, la ciudadanía y la protección de la sangre alemana y el honor Alemán” como lo relató Schmitt⁷⁴. Ley que tenía como objetivo acabar con la informalidad de los ataques contra cualquier ciudadano Alemán no puro y permitir tales actos ante la ley alemana, puesto que la ideología impartida radicaba en catalogar a la ciudadanía entre dignos alemanes puros, y los que no lo eran por presentar mezclas culturales en su genética.⁷⁵

⁷² OLASOLO ALONSO. op. cit. p. 93

⁷³ RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos. Historia de la economía europea (1914-1990) Derek H. Aldcroft Jordi Pascual. En: REVISTA DE LIBROS. no. 5, p. 14

⁷⁴ FERNANDEZ, Carlos R. Charles Yves ZARKA, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, Anthropos, Barcelona, 2007.p.30

⁷⁵ Ibíd. P.30

La persecución se centró en la población judía, toda vez que eran quienes presentaban “alteraciones” al no ser puros y eran ciudadanos alemanes, para cumplir el propósito de una raza pura, para lograr dicho objetivo se crearon campos de concentración de los grupos Nacional socialistas (NAZIS) que albergaban a todo aquel que no cumpliera con los estándares de pureza impartidos en la época, para distinguirlos del resto de la población se les otorgaban parches amarillos que colgaban en su ropa en la parte de pecho y espalda.⁷⁶ Sin embargo, el fin principal era erradicarlos para así evitar su descendencia dentro del territorio Alemán, haciendo uso de cualquier herramienta inhumana para llegar hasta tal fin, como lo fueron los asesinatos, el uso de cámara de gases que provocaban la asfixia a quien ahí estuviese, sin distinguir entre hombres, mujeres y niños.⁷⁷

La ideología Nacional Socialista fue gobernada por Hitler, sus iniciales doctrinas iban encaminadas solo al territorio Alemán, pero sus ansias por “limpiar la sociedad” de toda impureza racial existente y por llevar a Alemania a una posición internacional muy superior a la que se encontraba tras la firma del tratado de Versalles, produjo la furia de otros países, que se vieron afectados por las ideologías Socialistas de Hitler.⁷⁸

Fue así, como en el año de 1939 las tropas alemanas invaden Polonia de una manera inesperada, o más bien llamada como la “Guerra Relámpago” expandiendo un conflicto interno al ámbito internacional y dando formalmente inicio a la SGM.⁷⁹

⁷⁶ OWEN, James. Nuremberg : el mayor juicio de la historia. Barcelona : Crítica, 2007,

⁷⁷ Segunda Guerra Mundial. Obtenido en <https://www.lasegundaguerra.com/portal?sid=40f0cb26d2fc4fda696a24a8d7188a5c>

⁷⁸ OLASOLO ALONSO. op.cit. p. 93

⁷⁹ HERNÁNDEZ, Jesús. Las cien mejores anécdotas de la Segunda Guerra Mundial. Bogotá : Penguin Random House Grupo Editorial : Roca Editorial, 2016, p.34

Con la mención del anterior suceso, en el mismo año, Inglaterra y Francia le declaran la guerra al país Alemán, generando posteriormente la creación de dos grandes bandos llamados del Eje y los Aliados⁸⁰, Alemania inicia toda actividad bélica haciendo uso de sus tropas y armamentos por tierra, aire y mar, llevando cabo en el año de 1940 sistemáticos ataques a Inglaterra, quien sufría desde hace 22 meses las consecuencias de la guerra, el eje tenía gran extensión dentro de la mayoría del continente Europeo, y los países Aliados se encontraban casi en total desabastecimiento, sus barcos eran víctimas de constantes ataques vía marítima.⁸¹ Provocando así, la falta de recursos alimenticios y de armamentos, situación que los puso en desventaja. Actos que sentaron gran preocupación a países que incluso no pertenecían al antiguo continente, como lo fue Estados Unidos de América, bajo el Gobierno del presidente Roosevelt⁸², generando la inclusión de un nuevo integrante dentro de la guerra; quienes una vez proclaman su apoyo a los Aliados, son atacados en su sede naval de Pearl Harbor sin aviso previo por Japón.⁸³

De manera sintética, se logró visualizar que dentro de la ejecución de la Segunda Guerra Mundial se incurrieron en crímenes de guerra y que posteriormente también fueron llamados crímenes de lesa humanidad, suscitando la comisión posterior de Tribunales *Ad-Hoc* encargados de judicializar a los responsables de guerra, tribunales que en el uso de los Estatutos creados para su funcionamiento demuestran la congeniad con los preceptos elaborados hoy en la Corte Penal Internacional. Dentro de los cuales se observará con mayor claridad los emolumentos promotores de la responsabilidad por el mando y su aplicación en el ámbito material.⁸⁴

⁸⁰ *“El Eje y los Aliados. El Pacto Tripartito del 27 de septiembre de 1940, que establecía una alianza entre Alemania, Italia y Japón, fue conocido como el eje Berlín-Roma-Tokio o como la alianza del Eje. Estos tres países reconocieron la hegemonía alemana sobre la mayor parte del continente europeo, la hegemonía italiana sobre el Mediterráneo y la hegemonía japonesa sobre Asia del Este y el Pacífico. Holocaust Encyclopedia. Alianza del Eje. [Consultado el Junio2018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/axis-alliance-in-world-war-ii>

⁸¹ Naciones Unidas. 1941: La Declaración del Palacio de St. James. 12 junio. [Consultado el Abril2018]. Disponible en: <http://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1941-declaration-st-james-palace/index.html>

⁸² Holocaust Encyclopedia. op. cit

⁸³ Ibíd.

⁸⁴ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. p. 134

1.2.2.1 Comisión de las naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra. (1943)

Aunque los autores varían en establecer fechas concretas respecto a la creación de la comisión de las naciones unidas sobre los crímenes de guerra (UNWCC), lo cierto es que hay concordancia respecto a su contenido, puesto que su propósito específico fue la necesidad de procesar a los autores de crímenes de guerra, haciendo especial énfasis en si eran o no los causantes de la guerra, si habían generado ordenes que influenciaran de manera directa a los actos que se realizaron o si simplemente cumplían las directrices impartidas⁸⁵.

Existió desde allí la preocupación por vincular de manera certera a quienes habían sido los propulsores de la guerra, puesto que se aprendió de vivencias anteriores como lo fue la primera guerra mundial la cual reflejó que si no se castigaba a quienes habían sido los promotores de la guerra y sus actos bélicos. Los últimos, se seguirían promulgando, dada la facilidad por escudarse bajo la posición gubernamental o militar que se tuviese y apaciguando las ansias de justicia al castigar a aquellos que solo eran cumplidores de las órdenes impartidas.⁸⁶

El funcionamiento de la comisión dependía directamente del apoyo político y financiero de los aliados, que los informes fueran suministrados por ellos para poder establecer vínculos entre los hechos sucedidos y las personas responsables.⁸⁷ Es decir, estaba supeditado el éxito de la comisión a la colaboración otorgada por los países, esta fue una situación que afectó de

⁸⁵ José Luis Pérez Triviño. Los juicios de Nuremberg. segunda ed. Barcelona: UOC, 2016.p.8
También en Naciones Unidas. Archivos de la ONU sobre Crímenes de Guerra durante la Segunda Guerra Mundial abiertos al público. Nov 11,. [Consultado el 12 Abril2018]. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2014/11/1316361>

⁸⁶ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. P. 56

⁸⁷ Ibíd

manera directa el éxito de la comisión al investigar a los criminales de guerra, llevando así a no otorgar la atención requerida en la comisión.⁸⁸

Sin embargo, ayudó a investigar y guiar lo que se formó próximamente como el Tribunal de Núremberg y el Tribunal del Lejano Oriente enjuiciando a los criminales de guerra de Europa y del extremo Oriente dado que los intereses ahora giraban en torno a la constitución de los mencionados tribunales, quienes serían el antecedente más fidedigno del nacimiento de la CPI.⁸⁹

Sin duda alguna, la creación de la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra impregnó la creación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio en cuanto a la importancia por identificar a los criminales de guerra en Europa y Asia. Introduciendo conceptos de responsables militares y civiles⁹⁰ por los delitos cometidos.

1.2.3 Creación del Tribunal de Núremberg y las distintas perspectivas gubernamentales en vísperas a su creación.

El Tribunal de Núremberg surge como consecuencia de la labor iniciada por los Aliados al suministrar la información a la Comisión de las naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra, sin embargo, existían temores a la hora de redactar posteriormente el Estatuto de Londres, temores sobre la manera en que serían realizados los juicios, en el entendimiento

⁸⁸ PÉREZ TRIVIÑO, op.cit. p. 8-9 también en UNWCC. Human Rights after Hitler: the story of the unwcc. [Consultado el Abril 15,2018]. Disponible en: <http://www.unwcc.org>

⁸⁹ Barret Grace. El Archivo olvidado de la Segunda Guerra Mundial; .[Video]. <http://www.un.org/content/es/vidout/video1504.shtml>.: Naciones Unidas,

⁹⁰KOCHAVI ARIEH,J. United Nations War Crimes Commission. [Consultado el Dic 12,2018]. Disponible en: <https://www.encyclopedia.com/international/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/united-nations-war-crimes-commission>

de que fuera realmente un tribunal especial *Ad-Hoc* o simplemente se tomaría decisiones arbitrarias sobre el destino que tendrían los máximos responsables. Existieron dos grandes posiciones en su creación:

1. El problema primordial al juzgar los delitos cometidos por Hitler sería la afectación al principio de legalidad, pues al momento de los hechos no existían leyes que penaran los actos cometidos, y de redactarlas con posterioridad a estos, se infringiría un principio base como el de legalidad, situación de la que se podrían provechar los abogados defensores en medio del juicio. Este era el pensamiento del gobierno norteamericano, en aras de respetar la justicia y no establecer juicios ilegales como los sucedidos en Alemania.⁹¹
2. La posición británica giraba en torno a la falta de necesidad de un tribunal y de juicios posteriores, puesto que consideraban que una vez individualizados los responsables debían ser sometidos al fusilamiento, esto por la gravedad de los actos bélicos cometidos en medio de la segunda guerra mundial, evitando incluso los errores en que se incurrió con el tratado de Versalles al no ser posible capturar al “Káiser” Guillermo II.⁹²

Aunque la posición británica no optara por el establecimiento de un Tribunal, los norteamericanos a toda costa ejercían actividad encaminadas al establecimiento de un Tribunal en vías de otorgar procesos justos e imparciales a los acusados, fue así con la llegada del presidente Harry S. Trauman quien, de una manera más rígida estableció que debería existir un tribunal.⁹³ Convenciendo así, con su discurso legalista a los británicos sobre la

⁹¹ PÉREZ TRIVIÑO. op. cit. p.8

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Una vez llegó a la presidencia informa: “Nuestro objetivo es construir tan pronto como sea posible un tribunal militar internacional y establecer una norma de enjuiciamiento que garantice la rapidez y no permita las evasivas ni las demoras, pero que al mismo tiempo sea coherente con nuestra tradicional imparcialidad”

necesidad en la creación de un tribunal especial en el que se reflejará y aplicara todas las necesidades teórico- prácticas urgidas por los cambios en el comportamiento social que afectaban la existencia misma de la humanidad.⁹⁴

A pesar que los pensamientos hayan sido variadas entre los países Aliados, lo relevante fue haber optado por la realización de juicios, otorgando así una mayor legalidad frente a los procesos que se efectuarían ya que cada uno de ellos serviría de ejemplo en un futuro no muy lejano, ante la urgencia de crear una Corte Internacional Penal; Dotando de tal modo de experiencias jurídico prácticas sobre la manera en que se debían desarrollar aspectos procesales y dogmáticos dentro del futuro ER.

1.2.3.1 Constitución del Tribunal de Núremberg y los criterios de imputación desarrollados dentro del mismo.

Previa a la constitución del tribunal, se hicieron presente distintos puntos de vista por parte de los representantes de las potencias aliadas, por Norteamérica se encontraba Robert Jackson, por Gran Bretaña se designó al fiscal Sir David Maxwell Fyfe, por su parte Francia eligió a François de Mentón y los soviéticos al General Román A. Rudenko⁹⁵.

Era notable que cada de las naciones tendrían posiciones variables respecto a la manera en que debía ser llevado a cabo los posibles juicios dado que las doctrinas jurídicas de cada representante atendían a la legislación sobre la cual habían sido formados, los británicos y los norteamericanos tenían como base procesal el *Common Law*, Francia el derecho civil sin alusión alguna a una carta magna y la Unión Soviética una justicia socialista; a pesar de ello

⁹⁴ Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión. Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional. Abr,8-19,. [Consultado el Mar,23,2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

⁹⁵ OWEN, JAMES. op. cit. P. 12-13

se optó por un proceso mixto que reuniera características procesales y normativas importantes de cada nación.⁹⁶

Una vez superada las distintas posturas que tenían potencias aliadas, deciden redactar dos instrumentos jurídicos para llevar a cabo la creación de un tribunal especial de juzgamiento, el primero de ellos fue el Acuerdo de Londres dentro del cual se llegó al consenso sobre las bases utilizadas para la creación del TIM sobre el cual serían juzgados todos los responsables de la guerra respecto a quienes no había sido posible situar geográficamente sus acciones delictivas.⁹⁷ Por su parte, el establecía los aspectos procedimentales y descriptivos de los delitos para la celebración de los juicios militares.⁹⁸ Evitando así, que los representantes de los acusados excusaran los actos bélicos bajo la falta de legitimidad del Tribunal; haciendo de esta manera responsables a los Estados y a las sujetos individualmente considerados, y enfocándose en los hechos realizados por los grandes criminales Nazis, dentro de los cuales existían los mas grandes agravios a la existencia de la humanidad, que impulsaron la redacción formal de los crímenes internacionales.⁹⁹

La primera coyuntura, versó sobre el lugar en que serían celebrados los juicios, se decidió por Núremberg ya que Berlín había sido destruida y albergaba intereses políticos por parte de los soviéticos y no contaban con prisiones solidas como si lo tenía Núremberg¹⁰⁰, acto seguido se recalcó que el sistema procesal seria mixto y por último se establecieron cuales cargos serian juzgados:

⁹⁶ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. P. 60

⁹⁷STILLO DAUDÍ,Mireya and SALINAS ALCEGA,Sergio. Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales. Valencia : Tirant lo Blanch, 2007,P.19
. Y también en MARTÍNEZ ALCANIZ. op, cit.p.62

⁹⁸ LIÑÁN LAFUENTE, op. cit. p 59. También en MARTÍNEZ ALCANIZ. op, cit.p.62; Ver también. STILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA . op.cit. p. 20-21

⁹⁹ PÉREZ TRIVIÑO. op. cit. ver también: GUTIÉRREZ POSSE.D.T. op. cit.

¹⁰⁰ OWEN, JAMES. op. cit. P. 13

1. Conspiración o conjura: cargo propuesto por Jackson para poder judicializar a los máximos responsables aquellos que habían estado al mando, a pesar que los actos hubiesen sido realizados por sus subordinados y en un tiempo prolongado al momento en que se impartió la directriz. Situación que permitió una exitosa conexión de los actos asegurando la veraz vinculación de aquellos responsables, puesto que centrar la atención en los súbditos que simplemente eran cumplidores de una orden no permitía marcar precedentes en un futuro.¹⁰¹
2. Crímenes contra la Paz: los cuales incluían dentro de sí aquellos crímenes catalogados como agresión, desde el punto de vista político. Eran crímenes contra la paz todos aquellos que se planearan, iniciaran, para quebrantar las garantías internacionales de paz.¹⁰² Al igual que el primer cargo de conspiración, buscaban tener una justicia de los vencidos ya que poco y nada se demostró imparcialidad a la hora de realizar las acusaciones, pues se dejó de lado ataques como Hiroshima, la invención de Finlandia o el simple hecho de no contar con un juez alemán.¹⁰³
3. Crímenes de guerra: la Carta de Londres recogía dentro de los crímenes de guerra las infracciones a los usos de guerra consuetudinarios, la convención de la Haya de 1907, convención de Ginebra respecto al trato dado a los prisioneros de guerra.¹⁰⁴
4. Crímenes contra la humanidad: los crímenes contra la humanidad fueron una extensión de los anteriores, toda vez que albergaba a personas protegidas dentro de un estado en particular y si estos crímenes estaban en conexión con la incoación y

¹⁰¹ *Ibíd.* P. 14

¹⁰² SANCHEZ Y SANCHEZ. *op. cit.* Art. 6 IMT p. 5

¹⁰³ OWEN, JAMES. *op. cit.* P 16-17

¹⁰⁴ CHERIF BASSIOUNI, *op. cit.* P. 62

conducta de guerra agresiva.¹⁰⁵ De igual modo otorgándole protección a la población civil antes o durante la guerra.¹⁰⁶

La redacción de los crímenes competencia del Tribunal equiparon de aspectos jurídicos la imputación penal, otorgándole cada uno instrumentos cualitativos relevantes para poder determinar el concepto de máximo responsable; en el caso del cargo de conspiración es notable que se hace fundamental tener dirección de mando para poder realizar el delito, toda vez que cuenta con un ingrediente subjetivo el cual es la calidad superior del autor del delito. Por su parte, los crímenes contra la paz incluyen dentro del actuar del autor que este planea, prepare o inicie una guerra o agresión, situación subjetiva que también determinaría la calidad del autor como máximo responsable; por último los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad describen situaciones ajenas al aspecto interno del autor por lo tanto serán cobijadas por el criterio de imputación utilizado dentro del artículo 7 y 8 del Estatuto de Londres pero que objetivizó la acción penal por el contexto de la guerra.¹⁰⁷

El Estatuto fue claro; hacer énfasis en que centraría su juzgamiento a los “principales responsables de la planificación de la guerra y a quienes hubieran ordenado o estimulado la

¹⁰⁵ Ibíd. P. 62. Ver también WERLE, Gerhard, *et al...* op. cit. P. 944.

*Al respecto la doctrina no es unánime en establecer los crímenes estudiados en Numereberg: algunos autores como el OWEN JAMES proclaman que el cargo de conspiración fue incluido dentro de la redacción de estatuto, así como también comparte la opinión principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Op. cit., sin embargo, otros autores difieren en catalogar como delito el cargo de conspiración: como lo fueron STILLO DAUDÍ y SALINAS ACELGA op. cit. p. 5

¹⁰⁶ SANCHEZ Y SANCHEZ. op. cit. Art. 6 IMT p. 5

[illegible]

comisión de los crímenes.”¹⁰⁸ Desarrollando la imputación dentro de su articulado como lo fue el artículo 7 del Estatuto punto bastante relevante para nuestro estudio, puesto que se postuló de manera tajante que “el cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de estado o funcionarios a cargo de departamentos del gobierno no les exonerará de responsabilidades, ni servirá para atenuar la pena”¹⁰⁹ . Es decir, era notoria la urgencia por generar vínculos directos con aquellos que eran considerados máximos responsables y para reafirmar que la atención seria centrada en aquellos que tuviesen real influencia en las actuaciones de otros, se escribe el Art.8 en el cual se estipuló que “ el hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena, si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”¹¹⁰. Lo anterior, supone que a la obediencia debida no sería la manera de defensa adecuada, pues se hizo hincapié dentro del estatuto que aunque lo relevante del juicio eran los dirigentes.¹¹¹ Ello, sin dejar de lado la penalización de los actos bélicos cometidos por sus súbditos se procedería a procesar a todo aquel sujeto que hubiese cometido crímenes internacionales, dado que desde un punto de vista jerárquico estaba en primer lugar su obligación internacional como individuo y posteriormente las obligaciones contraídas con su estado¹¹², para así hacer posible su juzgamiento, lo que quiere decir que no existiría eximente de responsabilidad penal que tuviera como foco el cumplimiento de ordenes de índole nacional, donde debe primar siempre y en todo momento los compromisos adquiridos con o individuo y ciudadano al salvaguardar la existencia misma de la humanidad.

Igualmente, se acusarían a los que actuaran en nombre de ellos, asegurando así una justicia incluyente y efectiva, sin embargo, en la practica el panorama fue distinto; el precepto anterior no fue acatado en su totalidad dado que la defensa fue usada como la falta de

¹⁰⁸ STILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA .Op. cit. p.20

¹⁰⁹ Cruz Roja Internacional. Op. cit

¹¹⁰ Ibíd.

¹¹¹ OWEN, JAMES. op. cit. P. 9

¹¹² STILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA .op. cit. p. 22

alternativa moral para rehusarse a efectuar la orden dada.¹¹³ Así las cosas, indicarlo como atenuante de nada sirvió pues bajo una buena defensa se obvió lo establecido.¹¹⁴

Por otro lado, no se podía dejar de observar dentro del proceso investigativo de cada potencia que existieron personas pertenecientes a organizaciones criminales y que sería necesario realizar acusaciones y llevar a buen término un proceso para aquellos sujetos que serían considerados como un grupo criminal.¹¹⁵

La organización fue fundamental para aminorar el trabajo realizado dentro de los juicios, cada fiscal representante de las potencias se encargó de un crimen en específico, el fiscal Jackson y su gabinete estuvieron a cargo de la conjura aunque, dentro de este trataron de encajar cualquier acto criminal cometido dentro de la guerra, los británicos liderados por Sir David Maxwell Fyfe, optaron por estudiar los crímenes contra la paz, los franceses se encargarían de los crímenes de guerra y los soviéticos de los crímenes contra la humanidad.¹¹⁶

Es notable que las potencias no querían dejar por fuera ningún ítem que fuese considerado relevante dentro del proceso y ese es el reflejo del Estatuto de Londres aunque como se haya

¹¹³ CHERIF BASSIOUNI. op. cit. P. 64.

¹¹⁴ LIÑÁN LAFUENTE, op cit.P. 60

¹¹⁵ Cruz Roja Internacional. op. cit “Art 9: En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal. Una vez recibido el Escrito de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que estime convenientes si estima que la acusación pretende que el Tribunal haga tal declaración, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal permiso para ser oído por el mismo respecto de la cuestión de la naturaleza criminal de la organización. El Tribunal estará facultado para acceder a la petición o denegarla. En caso de acceder, el Tribunal podrá indicar la forma en que serán representados y oídos los solicitantes.

Art 10: En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada.”

¹¹⁶ OWEN, JAMES. op. cit. P. 22

dicho anteriormente en la práctica no se haya hecho una ejemplificación fehaciente de lo que se deseaba dentro de estos.

1.2.3.2 Jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg y su aporte a los criterios de imputación.

Fueron 24 personas a las cuales se les acusó de alguna de las 4 categorías de crímenes, esos 24 acusados eran jefes del movimiento Nazi.¹¹⁷ Se visualizó una notoria inclinación por solo vincular a los máximos responsables como se ha planteado anteriormente y centrar la atención del tribunal en ello. El criterio de imputación utilizado se enfocó en extender el cargo de conspiración o conjura ya que en él se hallaba la manera idónea para poder hacer partícipes los generales, presidentes de la época dentro del proceso, haciendo uso del articulado del Estatuto de Londres.¹¹⁸ Toda vez, que en ellos se encontraba la idea criminal y el plan que hacía referencia a la manera y forma en que serían llevadas a cabo las ordenes que se impartieran, por esto eran tan importante para el gobierno norteamericano poder estipular el cargo de conjunción pues sabían de antemano que de no existir un crimen que hiciese posible la conexión de los ejecutantes con los “mayores” al mando, se debilitaría la posibilidad de hacer justicia. Por tanto, no se podría dar la judicialización de estos últimos y no se tendría un precedente certero para poder crear en un futuro un ente internacional como lo es hoy en día la CPI.¹¹⁹

El ideal de los juicios de Núremberg era imponer un castigo ejemplar a Hitler pero tras el suicidio de este fue imposible realizarlo optando así por generar nexos de responsabilidad penal a aquellos que seguían a su cargo, como lo fue Hermann Wilhelm Goering quien con

¹¹⁷ Ibíd. P. 27

¹¹⁸ Art7; Art 8 op. cit

¹¹⁹ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P.44-45.

ínfulas de superioridad por ser designado por Hitler como el segundo al mando, lideró la economía a Alemana tras el fin de la guerra.¹²⁰

Los juicios de Núremberg iniciaron el 20 de noviembre de 1945, fueron 24 las personas que en su totalidad se acusaron dentro del proceso, de estos solo 21 fueron llevados a juicio, dado que entre la lista de acusados algunos optaron por quitarse la vida.¹²¹

Para poder decidir sobre la suerte de los acusados, el Estatuto de Londres exigió que las decisiones serian tomadas por mayoría y que en caso de empate sería el presidente del tribunal quien decidiría sobre estos, pero en casos explícitos como las sentencias condenatorias debían ser adoptadas con al menos tres de los votos afirmativos de los miembros representantes de los signatarios.¹²²

Cualquier sentencia o condena que fuere impuesta no podría ser recurrida por la defensa¹²³, es decir quedaría en firme una vez fuera proclamada por el tribunal. Dentro del catálogo de penas a imponer se permitió la pena de muerte como la máxima pena posible, el artículo 27¹²⁴ del estatuto otorgó un amplio poder de decisión a los fiscales y presidente del tribunal pues dentro de la pena de muerte anexó que fuese posible cualquier pena que se considerase conveniente y justa, es decir que legalidad dentro de la celebración de los juicios no hubo pues el poder de decisión de ellos era absolutamente arbitrario y extensivo.

¹²⁰ OWEN, JAMES. op cit. P. 29

¹²¹ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 46.

¹²² * “c) Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, el Tribunal adoptará sus decisiones por mayoría, y en el caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad, todo ello a condición de que las sentencias condenatorias y las penas únicamente se impongan con el voto afirmativo de al menos tres miembros del Tribunal.” Cruz Roja Internacional. op. cit

¹²³ “Art 26 En la sentencia del Tribunal respecto de la culpabilidad o inocencia de un Acusado deberán constar los motivos en los que se basa, será firme y no podrá ser recurrida.” Cruz Roja Internacional. Op. cit

¹²⁴ “Art 27: En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa.” Cruz Roja Internacional. op. cit

En el año de 1946 se pronuncia sentencia sobre los 21 acusados que fueron llevados a juicio, doce de ellos fueron sentenciados a muerte, otros tres de los procesados se les dio cadena perpetua, a cuatro de estos se les judicializó con penas carcelarias que oscilaban entre 10 a 20 años y tres fueron absueltos.¹²⁵

El pilar más importante dentro de los juicios de Núremberg fue la proporcionalidad usada al imponer las penas, quería dejarse por sentado que la magnificación de las penas impuestas fuesen directamente proporcionales a los hechos cometidos de manera que representara de manera indudable que los actos serian penados en congruencia exacta con los delitos realizados y la cantidad numérica realizada de estos mismos, es decir, a pesar de tener una visión garantista a la dignidad humana, debía ser castigado para ejercer coerción dentro de la aplicación de la norma penal; El mundo se dividió en un antes y después del Tribunal de Núremberg tanto así que hoy en día los principios¹²⁶ de Núremberg son de gran importancia

¹²⁵ WERLE, Gerhard, *et al.*; op. cit. P. 47.

¹²⁶ “ **PRINCIPIO I** Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción. **PRINCIPIO II** El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido. **PRINCIPIO III** El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional. **PRINCIPIO IV** El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción. **PRINCIPIO V** Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho. **PRINCIPIO VI** Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: a. Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i). b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c. Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él. **PRINCIPIO VII** La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo

dentro de la CPI, siendo uno de los pilares mas significativos en el funcionamiento de la Corte.

Ya abordado los aspectos procedimentales a grandes rasgos, es indispensable determinar como dentro de la jurisprudencia del Tribunal se abarcaron los criterios de imputación utilizados para destacar la responsabilidad individual, como se diferenció la imputación y sus aspectos objetivos y subjetivos, criterios de culpabilidad y causalidad para dotar de dogmática penal la realización procesal de los juicios penales.¹²⁷

El TN reconoció el principio de culpabilidad (individual) por lo tanto todos los actos cometidos en nombre de la guerra debían ser atribuidos de manera singular a cada sujeto que fuese responsable.¹²⁸ Aspecto que dentro de la Imputación a realizar seria relevante para determinar de manera unánime las penas a imponer según el caso tratado, y en el cual se observará también todos aquellos aspectos que dentro de las consideraciones objetivas del delito y subjetivas del sujeto pueda llegar a ser un sujeto al que se le pueda aplicar la norma penal.¹²⁹

Nuremberg optó por hacer uso de teorías que permitiera plasmar el resultado a cualquier causa realizada, sea una cadena de causas con importancia relativa en la obtención del

delito de derecho internacional.” Comité Internacional de la Cruz Roja. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. 31 de diciembre de 1950. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

¹²⁷ AMBOS, Kai & CACHO, Fernando del. Temas del derecho penal internacional. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, P.67

¹²⁸ *Ibíd.* P.69

¹²⁹ Sobre el principio de culpabilidad se encuentra la inclusión de una serie de garantías para su aplicación: 1. Principio de responsabilidad individual: responde el sujeto por el hecho propio. 2: Principio de presunción de inocencia: excluye la aplicación de la responsabilidad penal bajo presupuestos superfluos. 3. Principio de proporcionalidad: la pena a imponer debe ser congrua con los hechos sucedidos. 4. Principio de responsabilidad por el hecho: el castigo a imponer será por sus actos. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Roberto. Consideraciones sobre el principio de culpabilidad y responsabilidad penal de inimputable. [Consultado el Mar,21,2019]. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6546/6044>

resultado lesivo (equivalencia) o aquella que tuviese un hecho necesario para arrojar la consecuencia punible (*conditio sine qua non*),¹³⁰ de cualquier modo se hablaría de causalidad para imputar el delito al sujeto responsable, sin determinar como se mencionó anteriormente, cualquier dogmática de fondo en el uso de la misma.

En cuanto a la responsabilidad por el mando la jurisprudencia del Tribunal exigió que el sujeto activo fuese un “Jefe”, “Planificador” o que estuviese en el “nivel político”, esto quiere decir que dentro del concepto de responsabilidad por el mando se ubicaba ya a los dirigentes militares y gubernamentales del régimen Alemán, excluyendo así la aplicación a los civiles.¹³¹ Lo que conlleva a exaltar el uso del Tribunal para los sujetos que en uso de sus prerrogativas militares o gubernamentales anteriormente se excluían de la ley penal a pesar de ser sujetos con máxima responsabilidad penal.

Por su parte, dentro de los elementos subjetivos en la imputación para la calidad de autor, se hace imprescindible tener conocimiento de los crímenes o de los planes criminales¹³² los cuales, serían llevados a cabo; situaciones que en el aspecto probatorio no serían ampliamente desarrolladas debido a la palmaria situación de guerra por la que se estaba atravesando en ese momento; es decir serían tomados como aspectos evidentes dentro de la concurrencia de los crímenes.

La jurisprudencia del Tribunal demuestra que se evocó en gran medida dejar claro que “los individuos tenían obligaciones internacionales superiores a las obligaciones de obediencia

¹³⁰ Ibíd. P. 70

¹³¹ Ibíd. P.77

¹³² Ibíd. P.81

impuestas por los estados”¹³³ haciendo hincapié en el uso de la normatividad expuesta dentro del mismo EL como lo fue el Art. 8.¹³⁴

La expedición del Estatuto de Londres y la celebración de los juicios de Nuremberg, indican la urgencia por dejar en el pasado el sin sabor dejado por la primera guerra mundial tras la imposibilidad al celebrar de juico a Kaiser Guillermo II, y que igualmente las penas fueran impuestas en concordancia por lo realizado, dejando a un lado aquellas inmunidades dadas por la clase política o en nivel de mando que se tuviera, sin embargo, esto no quiere decir que se considere perfecto lo sucedido en Núremberg, pues toda la vista se dirigió a los países del eje y la justicia para los signatarios del estatuto de Londres fue nula, situación que nos hace dudar sobre la estricta legalidad del mismo.¹³⁵ Vertiente que dentro de los intentos por crear una Corte independiente configuró gran relevancia dentro del funcionamiento de la misma, destacando así la importancia por establecer normas que fuesen generales, abstractas y previas a la comisión y juzgamiento de los delitos, tal cual como fue establecido dentro del funcionamiento de la CPI.

Núremberg, otorgó indudablemente el precedente más certero para la judicialización de los máximos responsables, dotando al articulado del El de un sin número de normas encaminadas a proveer de legalidad al penalizar toda aquella actuación que atentara de manera relevante a la estabilidad y durabilidad de la humanidad en el mundo. Es así, como en el actualidad aún se sigue haciendo referencia a la manera en que se realizaron los juicios y los principios que se establecieron para lograr la vinculación de los sujetos que se escudan bajo alguna posición legal o gubernamental de iure o de facto para evadir la responsabilidad penal; por lo tanto la competencia del TN surgió en torno al enjuiciamiento y castigo de los máximos responsables propulsores de la segunda guerra mundial.¹³⁶ Esto supone la incorporación de conceptos

¹³³ STILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA .op. cit. p 22-23

¹³⁴ Cruz Roja Internacional. op. cit Art.8 ver también SANCHEZ Y SANCHEZ op. cit

¹³⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ. op. cit. p. 64.

¹³⁶ CABIELES PEÑA. op. cit. P. 875

como la causalidad, culpabilidad y responsabilidad por el mando para afianzar de aspectos normativos las sentencias expedidas en Nuremberg; sin duda alguna serian el precedente pragmático más remoto en el desarrollo de los criterios de imputación de los máximos responsables dentro de la CPI.¹³⁷

1.2.4 Episodios Originarios a la creación del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio.

Con un ideal de política expansionista Japón inicia dentro del continente asiático la segunda guerra mundial, invadiendo Manchuria en 1931, China en 1937, recopilando conquistas militares a lo largo del tiempo y un significativo apoyo por parte del Imperio Japonés, las ansias expansionistas se hacían cada vez mayor y tras lo sucedido en Europa se visibilizo la oportunidad idónea por parte del imperio para crear alianzas y tener solides en el mando dentro de Asia.¹³⁸

La participación de Japón dentro de la SGM fue significativa, pues su inclusión en la denominación de los países del eje lo convirtió en directo impulsor de la guerra junto con Alemania, así como los alemanes. Japón, deseo apropiarse de gran parte del territorio asiático, Alemania para los alemanes y Asia, para los asiáticos; el nivel de xenofobia fue propagándose con el pasar del tiempo, creando un representante significativo de estas ideologías dentro del continente europeo y asiático.¹³⁹

¹³⁷ WERLE, Gerhard, *et al.*; op. cit. P. 50

¹³⁸ Holocaust Encyclopedia. La Segunda Guerra Mundial en profundidad. [Consultado el Mayo 12 2018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/world-war-ii-in-depth>

¹³⁹ Ibíd. Ver también: WERLE, Gerhard, *et al.*; op. cit. P.51

La Constitución del Tribunal para el Lejano Oriente surge como causa de la participación de Japón dentro de la guerra, usando las mismas bases jurídicas del tribunal de Núremberg se vio la vislumbro necesidad por no dejar a un lado a los países del eje que no fueron juzgados en Núremberg.¹⁴⁰

Se define formalmente los términos de la rendición Japonesa en la segunda guerra mundial, dejando abierto la posibilidad para poder imponer castigos a aquellos que fueron partícipes de los actos bélicos en el marco de la guerra, fue así como se da inicio a la creación del Tribunal Militar para el Lejano Oriente con la declaración de Potsdam.¹⁴¹

El TLO fue la confirmación más próxima del éxito que había dejado los juicios realizados en Núremberg¹⁴², así que se optó por tomar como ejemplo lo ya realizado en Núremberg para asegurar un éxito similar una vez fuera instaurado el Tribunal, haciendo uso de los criterios establecidos dentro de la jurisprudencia de Nuremberg para acrecentar los adelantes teórico prácticos ya celebrados en Alemania y poder expandir criterios como la responsabilidad por el mando a militares como lo fue el caso del general Yamashita y civiles gobernantes como lo fue el emperador Hirohito, situación que se observará con mayor precisión más adelante.

¹⁴⁰ AMBOS KAI. op. cit. p. 70. Ver también, MARTÍNEZ ALCANIZ. op.cit. p. 69

¹⁴¹ HISTORIA SIGLO,X. X. Ultimátum a Japón aprobado en la Conferencia de Potsdam 26 de julio de 1945. [Consultado el Enero 152019]. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/potsdam-japon.htm> ver también LIÑÁN LAFUENTE, op. cit. 63

¹⁴² WERLE, Gerhard, *et al.*, op cit. P. 50.

1.2.4.1 Constitución del Tribunal Penal Militar internacional para el Lejano Oriente.

En el año de 1945 se acuerda crear la comisión para el Lejano Oriente, comisión que estuvo compuesta por 11 estados¹⁴³ a diferencia del TN que estuvo representado exclusivamente por las 4 potencias, aquí se les otorgó el poder del veto pero la participación estatal fue más amplia,¹⁴⁴ situación que representa directamente un ámbito mucho más extenso en cuanto a la legalidad del mismo Tribunal.

En concordancia con la existencia de la comisión para el lejano oriente, se dio nacimiento al Consejo Aliado para Japón, el cual se encargaba de formular todas las políticas y prácticas que serían realizadas en Japón, ente que no era investigador si no político¹⁴⁵. A diferencia de la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de Guerra, quien albergó la mayor cantidad de investigaciones y se encargó de recolectar información para la posterior creación del Tribunal de Núremberg, el hecho de que fuera un órgano político hizo que una vez firmada la paz con Japón se evaporara la labor realizada respecto a la formulación de políticas para Japón.¹⁴⁶

Una vez la comisión se clausura, surge el nombramiento del general Douglas MacArthur como supremo comandante de las potencias aliadas, elección que le dio el poder de dirección sobre cuál era la suerte que tendría el surgimiento del Tribunal para el lejano oriente. Surgiendo así, en el año de 1946 la promulgación de la orden que establecía la constitución del tribunal, es decir, no fue un tratado si no una orden por medio de la cual se creó el tribunal. Situación que desmejoró el panorama de legalidad del mismo tribunal dado que el ámbito

¹⁴³ CHERIF BASSIOUNI, op. Cit. Pág. 68.

¹⁴⁴ LINÁN LAFUENTE, op. cit. 63

¹⁴⁵ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. Pág. 68.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

procedimental, y judicial respecto a los posibles acusados, iba a ser decidido única y exclusivamente bajo la visión del Gral. MacArthur.¹⁴⁷ Bajo la lectura de lo anterior se infiere que una vez celebrados los juicios en Tokio los criterios dogmáticos de la imputación serían poco fiables por concernir a un criterio individualista, criterio que contrario a la formalidad y seguridad jurídica buscada en la celebración de los juicios, serviría como limitante para su posterior referencia ya que sus procesos atendían a cuestiones individualistas y subjetivas.¹⁴⁸

Con el nombramiento del Gral. MacArthur, se adopta la carta constitutiva del tribunal militar para el Lejano Oriente (Tokio) que era en gran parte la copia del estatuto de Núremberg, el artículo I de la carta establecía que el objeto del tribunal sería juzgar y castigar sin consideración alguna a los grandes criminales de guerra del lejano oriente.¹⁴⁹

Su acusación giró en torno a:

1. Crímenes contra la Paz: tuvieron idéntica redacción a los estipulados en el estatuto de Núremberg.
2. Crímenes Convencionales de Guerra: los cuales hacían alusión a la violación de las leyes y costumbres de la guerra.
3. Crímenes contra la Humanidad: su única variación con el estatuto de Núremberg fue incluir la persecución por razones políticas o raciales.¹⁵⁰

¹⁴⁷ MARTÍNEZ ALCANIZ. op cit. P. 68

¹⁴⁸ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. P. 69

¹⁴⁹ STILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA .op. cit.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Ver También. WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 946 *Lo expresa de la siguiente manera: 1. Crímenes contra la paz: planeamiento, preparación, el inicio, o la realización de una guerra de agresión, declarada o no declarado de una guerra violando leyes internacionales. 2. Crímenes de Guerra Ordinarios: violaciones de las

A diferencia del EN, en Tokio no se hizo uso del cargo de Conspiración, condición que disminuye la posibilidad acusatoria del Tribunal al no contar con una herramienta positivista como lo fue catalogarlo.¹⁵¹

Sin embargo, los crímenes estudiados dentro del Estatuto del TMLO concebían las mismas características personales en la comisión de los crímenes, como lo fueron las acciones de planeación, preparación o inicio de una agresión o guerra en los crímenes contra la paz, o la importancia de que el sujeto pasivo fuese la población civil en los crímenes de lesa humanidad.¹⁵²

De la misma manera el artículo 6 del Estatuto¹⁵³ dispuso, que aspectos como la posición oficial, o acatamiento de ordenes de superior jerárquico no examinarían de responsabilidad penal al acusado; sin embargo, observaremos que en la práctica la aplicación no fue certera, situación que dentro de la jurisprudencia del Tribunal será desarrollada.

Una vez hecha la lectura del Estatuto, se percata que dentro de la escritura del mismo se prefirió seguir la misma línea de imputación de Nuremberg, haciendo necesaria la aplicación conjunta de las descripciones realizada dentro de los delitos explicados en el Art. 5 y la individualización de los criminales de guerra con instaurar como responsables a los oficiales militares.¹⁵⁴

leyes y usos de la guerra. 3. Crímenes contra la Humanidad: asesinato, exterminio, esclavitud, la deportación de otras acciones inhumanas.

¹⁵¹ Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión. op.cit

¹⁵² SANCHEZ Y SANCHEZ. op. cit. Art. 5 TMLO p. 14

¹⁵³ Ibíd. Art. 6

¹⁵⁴ Ibíd.

A pesar de que la participación de los otros Estados fue más amplia que en los juicios de Núremberg, esta intervención por parte de los estados poco aportó a este marco de intervención toda vez que las investigaciones, acusaciones, juicios y condenas iban a atender a un solo criterio supremo, el del general Douglas MacArthur.¹⁵⁵

El Tribunal fue constituido finalmente con jueces en representación de los aliados, aunque no figuraban grandes y reconocidos jurisconsultos como en Núremberg¹⁵⁶, se llevó a cabo de esta manera el inicio de los procesos en el TMLO, afectando así notoriamente la jurisprudencia que resultaría como fruto de la celebración de los mismos. Es decir, impidiendo el desarrollo pragmático de criterios de imputación hacia el futuro, impedimento causado por el uso de criterios individualistas del Gral. MacArthur; frustración que deslegitima algún criterio legalista para su referencia proyectada a un tiempo futuro.

1.2.4.2 Desarrollo los Juicios dentro del TMLO y sus aspectos relevantes en la imputación penal.

La acusación enfocó toda la atención en vincular a aquellos sujetos que tuviesen un mando directivo como político o ejerciendo función militar, la imputación de los tipos penales fue muy similar a lo ya realizado en Núremberg.¹⁵⁷

Fueron 28 los acusados presentados ante 55 cortes¹⁵⁸ sujetos que se estimaron como los mayores responsables por los crímenes de guerra; los juicios realizados fueron similitudes de

¹⁵⁵ CABIELES PEÑA. op. cit- P. 876 también en Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión. Op.cit

¹⁵⁶ CHERIF BASSIOUNI. op. cit. P. 69.

¹⁵⁷ Ibíd. P. 51

¹⁵⁸ CABIELES PEÑA. op. cit. P. 876. Ver también CHERIF BASSIOUNI. op. cit. P. 69.

los celebrados en Núremberg, pues como se planteó anteriormente cualquier forma procesal o la sentencia misma iba a ser revisada por el Supremo Comandante y cambiada según su voluntad, así las cosas, cualquier situación política del momento iba a inferir directamente sobre el cauce de los mismos juicios.¹⁵⁹

En Tokio también se desarrolló el criterio de la causalidad para poder imputar los hechos delictivos a los sujetos responsables penalmente, y se ahondó con mayor profundidad el concepto de responsabilidad por el mando en el caso del General Yamashita quien al tener a su cargo las tropas Japonesas ubicadas en Filipinas en el año de 1944¹⁶⁰ permitió cometer actos de guerra contra la humanidad al desligarse por completo de sus labores como Gral. al controlar los actos de sus subordinados, del mismo modo la responsabilidad por el mando tuvo aplicación dentro del régimen civil es decir, expandió el concepto a aquellos dirigentes civiles.¹⁶¹

La imputación como máximo responsable dentro del concepto de responsabilidad por el mando englobaba un deber que radicaba en cabeza del sujeto activo, el cual era optar por todas las medidas apropiadas que se encontraban a su alcance como jefe supremo para evitar la comisión de delitos.¹⁶² Afirmando así, que tanto acciones y omisiones serian imputadas dentro del tribunal, teniendo el deber de intervenir y será responsable penalmente aun si interviniendo fracasó en impedir el resultado lesivo.¹⁶³ Lo cual, tuvo amplio desarrollo dentro del TT la imputación de la responsabilidad por el mando demarcó de manera concisa que requisitos debían tenerse en cuenta para que el superior al mando no fuese responsable por

¹⁵⁹ CHERIF BASSIOUNI. op. cit. P. 71

¹⁶⁰ AMBOS KAI. op cit. P. 121-123

¹⁶¹ Ibíd. P. 76

¹⁶² AMBOS KAI. op cit. P 76.

¹⁶³ Ibíd. P.122: *“Las leyes de guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas tales como las que se encuentren a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a. Efecto de prevenir los actos concretos”.

las acciones u omisiones de sus subordinados militares y/o civiles. Sin embargo, el panorama no fue igual ante el acatamiento del Art. 6 del Estatuto de TMLO.

Una vez finalizado los juicios, se hallan culpables a 25 personas de las 28 inicialmente acusadas por crímenes realizados dentro de la SGM, a 7 de estos se les condena al cumplimiento de penas capitales, 16 de las imputadas a cadenas perpetuas, una persona a cumplir una pena de prisión por el termino de 20 años y por ultimo una pena privativa de la libertad por el termino de 7 años¹⁶⁴; una vez impuestas las penas a cumplir, el panorama en la ejecución de las mismas no fue mejor, puesto que representó una burla para lo que se deseaba lograr con la instauración del tribunal dado que posteriormente el General MacArthur redujo sentencias, otorgó indultos y a otros tantos se les dio la ventaja de cumplir bajo libertad condicional, ninguno de los responsables cumplió a cabalidad con las penas impuestas.¹⁶⁵

Posteriormente, con la firma del tratado de paz con Japón, firmado en el año de 1951 se otorga la posibilidad de que aquellos militares y políticos japoneses que se encontraran cumpliendo las penas impuestas en otros países distintos a Japón, fueran retornaos a su país de origen para culminar su proceso dentro de este.¹⁶⁶ Lo anterior, como garantía a la firma del acuerdo, esta situación ratificó la falta de compromiso de los mismos aliados por realmente castigar de manera congrua los actos bélicos a aquellos máximos responsables por los crímenes suscitados bajo la guerra, pues todos los criterios de vinculación y cumplimiento variaron dependiendo del ambiente político que se viviera en la época.¹⁶⁷

¹⁶⁴ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 52. Ver también CABIELES PEÑA, op. cit. P. 876.

¹⁶⁵ *Ibíd.* P 71

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Pritchard, Zaide. The Tokio War Crímenes Trial. 1981. Citado por: WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P.50.

La legalidad pendía de la voluntad del Gral. Douglas MacArthur, las condenas fueron impuestas para ser cambiadas a la voluntad del General y atendiendo como se ha explicado anteriormente al panorama político del momento por el cual se atravesaba, aunque trato de asemejarse a los Juicios de Núremberg, lo cierto es que aunque formalmente aportó cimientos para lograr formular criterios de imputación adecuados para judicializar a los máximos responsables, en la práctica hubo desuso de los mismos.¹⁶⁸

1.2.4.3 Máximo responsable: Emperador Hirohito y la forma en hubo desuso de la permeabilidad del cargo oficial.

El énfasis de ambos tribunales fue hacer responsables a aquellos que representaran de manera clara la ideología de guerra promulgada, fue así como en uno y otro tribunal se juzgaron a los políticos y militares de guerra relevantes en las actuaciones sucedidas.

En Núremberg, tras el suicidio de Hitler no fue posible aplicar la anterior premisa y en Tokio tras la gran influencia política tampoco, puesto que con el surgimiento de la nueva constitución japonesa 1946 que tuvo gran influencia norteamericana, bajo ideales de libertad, el emperador Hirohito otorgó la libertad para todos aquellos generales y políticos que habían sido condenados en el marco del TMLO, haciendo así una verdadera impunidad ante lo sucedido.¹⁶⁹

El papel del emperador Hirohito, no fue menor ni insignificante ante la comunidad internacional, dado que fue quien impulsó de manera directa la guerra en el continente asiático, la gran duda es saber ¿por qué el Gral. MacArthur quien tenía a su cargo la elección

¹⁶⁸ LIÑÁN LAFUENTE. op cit. p. 64

¹⁶⁹ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. P. 73

de los acusados ante el TT, jamás lo vinculó?. La razón es sencilla y brilla ante este escrito pues ya se ha hecho hincapié sobre ello, el supremo comandante evade la responsabilidad penal del emperador Hirohito dado que consideraba que un proceso contra la imagen suprema dentro de un país como lo era el Japón, dificultaría a toda costa el proceso de pacificación por el cual estaban atravesando generando así para Estados Unidos, un sin número de muertes consideradas innecesarias, abriendo la brecha a un futuro enfrentamiento bélico.¹⁷⁰

Es decir, quedó en el papel la premisa mayor estipulada dentro del Estatuto del TMLO del artículo 6, pues si hubo influencia de la posición oficial para excusar al Emperador de los delitos cometidos, vislumbrado que la fiabilidad del Tribunal era mínima al no haberlo llamado a realizar su acusación.¹⁷¹ Sin embargo, parte de la doctrina otorga credibilidad a esta actuación con destellos políticos, y decide llamarla como aplicabilidad del principio de oportunidad.¹⁷²

Aunque no se haya cumplió a cabalidad con los presupuestos de imputación relevantes a los máximos responsables, se puede decir que, desde el punto de vista normativo se instauraron reglas para poder hacer factible un proceso judicial hacia aquellos sujetos que representaran ideologías u órdenes militares o políticas como sucedió con el concepto desarrollado de responsabilidad por el mando a través del caso del General Yamashita. En Núremberg con la inclusión del acuerdo de Londres y en el, referencias claras¹⁷³ a la improcedencia de cargos oficiales o cumplimientos de ordenes como eximentes de responsabilidad situación que encontramos también estipulada en la actualidad en el Estatuto de Roma, y en Tokio con la necesidad de dotar al principio de legalidad de la más fuerte instancia asegurando así el debido proceso.

¹⁷⁰ Ibíd. P. 73. Ver también CABIELES PEÑA, op. cit. P. 876.

¹⁷¹ OLASOLO ALONSO. op cit. p. 98

¹⁷² MARTÍNEZ ALCÁÑIZ. op cit. p.

¹⁷³ Cruz Roja Internacional. op.cit. Art.6, Art. 7, Art 8

En consecuencia, no se tiene duda alguna que fue con estos precedentes como se objetivizó la imputación de los máximos responsables, con sus contribuciones a la imputación a través de la individualización y donde se pueden visualizar con hechos reales, la carente normatividad que se tenía a la mano para hacer posible el castigo internacional; dando instrumentos que lograran aproximarse a las situaciones pragmáticas, aspectos que delimitaron de positividad y lineamientos jurídicos el uso actual de las normas usadas dentro de la CPI.

1.3 GUERRA DE VIETNAM- DESARROLLO DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

Vietnam sufrió un sin número de intentos por liberarse del yugo colonial al cual se encontraba sometido, en 1945 los franceses desencadenaban múltiples ofensivas a través de sus tropas en territorio Saigón para apropiarse de la antigua colonia. A pesar de los constantes intentos de la población vietnamita por proteger su libertad, la carente capacidad armamentística y el improvisado frente “militar” hizo que más pronto que tarde Vietnam cayera frente al enemigo francés.¹⁷⁴

El territorio del Nam Bo había sido ya invadido por los franceses, era el inicio de todo un plan de agresión para volver a hacer de Vietnam una colonia francesa,¹⁷⁵ El presidente Ho Chi Minh convocó al pueblo vietnamita a luchar por su soberanía, saliendo a las calles en vísperas de la protección territorial. Cada vez, era más agresiva la lucha de franceses y vietnamitas, los vietnamitas lucharon incluso contra su propio pueblo a aquellos que eran

¹⁷⁴ NGUYEN GIAP, Vo. Vietnam liberado: guerra del pueblo, ejercito del pueblo. Buenos Aires : Horizonte , 1965. P.25

¹⁷⁵ RODRIGUEZ, Sonia. Guerra de Vietnam. [Consultado el Mar,15,2019]. Disponible en: <https://eacnur.org/blog/guerra-de-vietnam-resumen-y-principales-consecuencias/> ver también: NGUYEN GIAP. Op. cit. P. 25

traidores y otorgaban información o apoyo al país francés, debido a la gran fuerza nacionalista de Vietnam. Francia se vio obligado a solicitar ayuda militar, económica e incluso política a los Norteamericanos incluyéndolos así dentro de la guerra que estaba por iniciar en Vietnam.¹⁷⁶

En 1950 queda registro bajo firma, la ayuda que iba a ser prestada por Estados Unidos extendiéndose así un apoyo económico para los franceses del 80% en la financiación de la guerra; instaurando gran cantidad de fuerzas armadas en indochina para continuar con las hostilidades y no verse debilitados ante los vietnamitas.¹⁷⁷

Una vez la guerra fue financiada por los americanos, Vietnam en caso de perderla ya no sería solo una colonia francesa puesto que los norteamericanos habían depositados sus deseos imperialistas sobre ellos, debía ser por lo tanto una colonia Franco Americana, limitando una vez más la independencia y libertad del territorio de Vietnam.¹⁷⁸

La intervención norteamericana se evidenció con la llegada del batallón a la zona de My lay (Vietnam) estos habían sido duramente atacados por parte de los “rebeldes” vietnamitas, perdiendo así gran número de soldados dentro de sus tropas. Situación que motivó el actuar bélico por parte de la tropa liderada por el comandante Ernest Lou Medina, representante norteamericano, quien inició indistintamente la intervención militar; Intervención realizada en presencia de civiles, niños, mujeres y hombres sin diferenciar a unos de otros procediendo a matar a sangre fría a la población, quemando sus cosechas, casas y transportes, la orden

¹⁷⁶ Ibíd. P. 28-31.

¹⁷⁷ Ibíd. P. 33

¹⁷⁸ Gray, Truda and MARTIN, Brian. The American War in Indochina: Injustice and Outrage. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/416/448>

dada era matar a todo lo que se moviera.¹⁷⁹ Es decir, cualquier individuo hallado dentro del territorio de My Lai debía ser tratado como colaborador de la guerra Vietnamita, arrojando como resultado mas de 150 vietnamitas quienes habían sido asesinados dentro de las primeras horas de intervención norteamericana.¹⁸⁰

Fue así como a partir del 6 de marzo de 1968 hasta aproximadamente el 18 de marzo del mismo año en mención, la compañía del comandante Ernest Lou Medina incurrió en la realización de crímenes de guerra.¹⁸¹ según el informe presentado “en todos los niveles de mando de la compañía a la división, se tomaron u omitieron acciones que, en conjunto, ocultaron de la sede superior los eventos que ocurrieron dentro del territorio de My Lai”¹⁸² Las ordenes dirigidas desde los altos mandos militares ubicados en Estados Unidos eran solo contener los combates enemigos, mas no atacar. Sin embargo, el resultado criminal arrojó en los informes vietnamitas mas de 504 civiles fallecidos a causa de la guerra, producto de las distintas omisiones en el deber de cuidado que radicaba bajo la responsabilidad de el superior militar.¹⁸³

¹⁷⁹ García Barcala Jesús. Crimen de Guerra en Vietnam: My Lai. Abril 10. [Consultado el Enero 10 2019]. Disponible en: <http://www.cienciahistorica.com/2016/04/10/crimen-guerra-vietnam-my-lai/>

¹⁸⁰ Ray Michael. My Lai Massacre; [Consultado el Feb 13 2019]. Disponible en: <https://www.britannica.com/event/My-Lai-Massacre>

¹⁸¹ Judge Howard's summary of the evidence surrounding the crucial question of knowledge in United States v. Captain Ernest L. Medina is as follows. Obtenido de http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/US/My_Lai_Medina_SummaryEvidence.pdf

¹⁸² RAY MICHAEL. op. cit

¹⁸³ Montgomery Nancy. Army captain who led troops at My Lai Massacre dies at 81. Mayo 14,. [Consultado el Febrero 15, 2019]. Disponible en: <https://www.stripes.com/army-captain-who-led-troops-at-my-lai-massacre-dies-at-81-1.526953>

1.3.1 Ernest Lou Medina como responsable por las acciones cometidas por su brigada.

El capitán Ernest Lou medina¹⁸⁴ fue procesado por omisión al no intervenir en la masacre de My Lay, masacre que fue ejecutada por soldados a su cargo.¹⁸⁵

El proceso fue llevado a cabo por la fiscalía, en presentación del informe expuesto por el ente acusador, la fiscalía hizo énfasis sobre los mayores aspectos relacionados con la responsabilidad de los comandantes al supervisar a sus subordinados durante las operaciones ejercidas en combate, pues la ley militar no reconoce ningún principio que tenga más firmeza que el siguiente: “un superior militar es responsable del desempeño adecuado de sus subordinados.”¹⁸⁶ Haciendo especial observación en la proclamación de ordenes claras y entendibles para sus subordinado, en salvaguardia siempre de otorgarle un buen trato a los combatientes y a los no combatientes, motivo por el cual en cualquier circunstancia, y siempre en medio del combate el superior deberá mantenerse alerta respecto a los actos ejecutados por sus tropas, tomando incluso las medidas necesarias para reprimir o informar cualquier acción u omisión que se encuentre alejada del plan militar trazado.¹⁸⁷

La acusación de la fiscalía gira en torno a la capacidad que tenía Ernest Lou Medina para controlar sus tropas a lo largo de las operaciones, pero que fue la negativa a actuar la que lo

¹⁸⁴* “Comandante de la Compañía C del 1er. Batallón, 20° Regimiento de Infantería, 11° Brigada de Infantería (Luz) de la 23ª División (América), Medina fue uno de los 30 soldados que el Ejército acusó de participar o encubrir los asesinatos” MONTGOMERY NANCY. op cit

¹⁸⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. Citado por GIL GIL, Alicia and MACULAN, Elena. Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales. Madrid: Editorial Dykinson, 2013 P.228

¹⁸⁶ A Combat Company Commander Has Certain Unique Duties. A Company Commander Is Responsible For Controlling And Supervising His Subordinates During Combat Operations. Obtenido de http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/US/My_Lai_Medina_ProsecutionBrief.pdf

¹⁸⁷ Ibíd.

responsabiliza ; por omitir cualquier acción que frenara el ataque a la población vietnamita, ocasionado homicidios ilegítimos por parte de su tropa, teniendo este el deber legal de interferir.¹⁸⁸ Por su parte, la defensa alegó que el acusado en cuestión no tenía conocimiento ni información sobre las acciones que estaban siendo desplegadas por su tropa, que por el contrario tuvo información sobre tales sucesos catalogados como crímenes de guerra una vez ya habían arremetido contra gran parte de la población, y que en ese preciso momento optó por emitir orden de cese al fuego, situación que confirma por parte de la defensa que el general hizo uso de las prórrogas otorgadas a su cargo para emitir orden y evitar una mayor proporción de fallecidos dentro del territorio vietnamita.¹⁸⁹

Finalmente, Medina fue absuelto de los cargos imputados por crímenes de Guerra, dada la imposibilidad de enmendar los crímenes ya realizados y la demostración por parte de la defensa al ordenar el cese al fuego, empero planteó los lineamientos iniciales y precisos de la llamada responsabilidad por el mando. Aunque, el resultado final haya sido distinto a su penalización como máximo responsable y la responsabilidad por el mando que tenía; dentro del proceso de Ernest Lou Medina se logra establecer que herramientas fueron utilizadas por la fiscalía para imputar los cargos ante la omisión realizada, como lo fueron el uso de herramientas internacionales al hacer mención del artículo 3 común de los convenios de Ginebra¹⁹⁰ para impartir los marcos de protección en medio de la guerra, e igualmente esclarecer que todo superior jerárquico ostenta el deber de vigilar, coordinar, reprimir y castigar cualquier acto alejado del bien común y que atienda a fines bélicos realizados por los subordinados a su mando.¹⁹¹

¹⁸⁸ Judge Howard's summary of the evidence surrounding the crucial question of knowledge in United States v. Captain Ernest L. Medina is as follows. op. cit.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ A Combat Company Commander Has Certain Unique Duties. A Company Commander Is Responsible For Controlling And Supervising His Subordinates During Combat Operations. op. cit.

¹⁹¹ Corte Marcial Estados Unidos. Estados Unidos v. Capitan Ernest Mediana. Obtenido de <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1132/Medina/#>

Las disposiciones posteriores al suceso de My Lai no se hicieron esperar, y este fue el mayor aporte en cuanto al desarrollo de la responsabilidad por el mando, dado que se expidió la ley llamada “Medina Standard” sobre la cual se le exige a los agentes estadounidenses el deber de saber sobre las conductas delictivas de sus subordinados, teniendo la responsabilidad de prevenir y/o detener los sucesos criminales, para si evitar ser responsables penalmente por los actos cometidos.¹⁹² Por lo tanto, la concurrencia de sucesos criminales en el mundo conllevaron a desarrollar en la dogmática penal figuras como lo fueron la responsabilidad por el mando, y dotar de contenido normativo las actuaciones militares y civiles dentro de la comisión de la guerra, sin dejar de lado el análisis circunstancial de cada situación en específico.¹⁹³

2. COMPROMISOS ADQUIRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA REALIZACIÓN DE ESTOS TRIBUNALES DE GUERRA MILITARES.

Una vez se ha hecho referencia a los sucesos históricos que desencadenaron la creación de la CPI, durante el periodo de la guerra fría y posterior a este, se ejecutaron una serie de actos que iban encaminados a reforzar las leyes expedidas y a conformar posteriormente un organismo internacional. Idea que recopilaría todas las anteriores experiencias y que tuviese un poder coercitivo suficientemente amplio para poder juzgar a cualquier individuo que ante sus preceptos legales fuese responsable penalmente.¹⁹⁴

¹⁹² MONTGOMERY NANCY. op. cit

¹⁹³ Corte Marcial Estados Unidos. Estados Unidos v. Capitan Ernest Medina. op.cit

¹⁹⁴ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P.51

En el año de 1946 se expide la resolución 95 con fecha del 11 de diciembre, en cual la asamblea general de las naciones unidas confirma la aplicación sucesiva de los Principios establecidos en el Tribunal de Núremberg.¹⁹⁵ La delimitación de los Principios es clara en recalcar varios aspectos, entre ellos establecer la responsabilidad individual en el ámbito internacional, así como lo hace el Principio I dado que anteriormente la vinculación era a través de los estados como personas jurídicas empero era necesario hacer responsable a una persona individualmente considerada, toda vez que sobre ellos era que realmente recaía la responsabilidad penal en sí misma, otorgando de esta manera incluso una protección y castigo real a aquellos sujetos que vulneraran los derechos humanos, como una “obligación correlativa”¹⁹⁶ encaminada a su protección, protección que se encuentra de manera abstracta cobijada en manos del Estado pero que de forma concisa rasposa en cabeza de cada uno de los individuos y/o ciudadanos de un Estado.¹⁹⁷ Situación que hoy tiene plena concordancia con el artículo 25 del Estatuto de Roma, el cual abarca la responsabilidad individual, en todas sus facetas o posibilidades de acción y aunque en la actualidad el catálogo de delitos sea más amplio a los establecidos en Núremberg. Por tanto, no cabe duda que el Principio de responsabilidad individual, se encuentra reflejado en el Principio I, que así mismo el principio II refleja lo que hoy en día se conoce como la competencia complementaria de la corte y la posibilidad para que un órgano Internacional como lo es la Corte Penal sea competente, por su parte el principio III refleja la llamada improcedencia del cargo oficial para eximir de responsabilidad penal y aún más claro el principio IV y su aplicabilidad a través de la autoría mediata o responsabilidad por el mando; es decir los principios de Núremberg demuestran lo que hoy en día se estableció en el estatuto de Roma para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI), toda vez que la función de los mismos principios de Núremberg es poder identificar y juzgar a los máximos responsables.¹⁹⁸

¹⁹⁵ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 51

¹⁹⁶ Fernández de Gurmendi, Silvia A. La creación de la Corte Penal Internacional. [Consultado el Jun,28,2019]. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R19/ri19-efernandez.pdf

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja. op cit.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), lideró una gran tarea informativa y aplicativa de los convenios y directrices de guerra a través de las resoluciones de la asamblea general¹⁹⁹ situación que promulgó la necesidad por designar normatividad general que abarcara de una forma imparcial y coercitiva a los individuos de forma abstracta, cuando se atentará contra la dignidad humana de manera significativa.²⁰⁰

Una muestra de ello fue la resolución 95 (I) dado que ha sido la más relevante en cuanto al reconocimiento del tribunal de Núremberg, dando vehemencia de que como precedente legal y pragmático se tomaron los juicios de Núremberg y que por lo tanto serian los principios en el establecidos quienes servirían para ungir de material teórico- practico la posterior expedición del Estatuto de Roma como normatividad de la CPI.²⁰¹

Lo anterior, no quiere decir que la organización de las naciones unidas no se haya expresado con posterioridad a ello, por el contrario, si lo hizo. Sin embargo, para la temática estudiada no tiene mucha relevancia mencionarlo.

Es notable por lo dicho en precedencia, que posterior a la expedición de los principios de Núremberg y a las inagotables intervenciones por parte de la ONU los Estados partícipes en ella recalcaran la necesidad de crear un órgano internacional que reuniera las competencias necesarias para vincular la real penalización individual de hechos delictivos que afectan a la universalidad en general. Ello, teniendo en cuenta conceptos ya desarrollados como lo fue la improcedencia del cargo oficial, la falta de eximente de responsabilidad por acatar ordenes,

¹⁹⁹ Schindler, Dietrich. Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo. 31 de diciembre de 1999. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdntb.htm>

²⁰⁰ Schindler, Dietrich. op cit

²⁰¹ Naciones Unidas. Resolución 95(I). [Consultado el Febrero 20,2019]. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/95%28I%29>

la responsabilidad por el mando, y la aplicabilidad del principio de culpabilidad a dirigentes militares y civiles, todos estos referenciados dentro del articulado del ER.²⁰²

3. PRECEPTOS GENERALES PARA LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Tras la experiencia vivida en la PGM y SGM, los Estados notaron la gran y urgente necesidad por legislar acerca de castigos efectivos y coercitivos a los sujetos que fuese catalogados como los máximos responsables; pero para que ello fuese posible se debía tomar con mucha cautela las experiencias anteriores (Núremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Ruanda) y recalcar que estamentos habían sido exitosos en cada uno de ellos.²⁰³

Los intentos por crear un Tribunal Internacional no se hicieron esperar, en 1937 tras el impulso dado por la liga de las Naciones se deseó crear un tribunal internacional que se encargara de castigar los delitos terroristas con una competencia facultativa, esto jamás entró en vigor. Fue así como en el año de 1948 con la Convención sobre el Genocidio se previó la creación de un tribunal que persiguiera la comisión del delito de Genocidio, aunque no abarcaba todo el abanico de crímenes internacionales una comisión de la ONU se encargó de presentar un proyecto de estatuto para la creación de una CPI, pero la situación política por la que atravesaba el mundo impidió que diera un resultado positivo estancando así el esfuerzo más próximo a la creación o los lineamientos iniciales a la CPI.²⁰⁴

²⁰² Fernández de Gurmendi. op.cit.

²⁰³ Ibíd. También en: Naciones Unidas. Resolución 95(I).

²⁰⁴ WERLE, Gerhard, *et al.* op. cit. P. 62 - 64

Hacia el año de 1992 fue notable a la necesidad de crear un organismo que fuese imparcial, ajeno a los cambios políticos que son fluctuantes a medida de la variación en cada gobierno, que igualmente no estuviese ligado a la Organización de las Naciones Unidas aunque esta hubiese ratificado a través de resoluciones la importancia respecto al aporte dado por los tribunales *Ad-Hoc* o la conformación de tribunales ya no por los vencedores si no por la ONU²⁰⁵, que ese órgano debía ser permanente, y que debía tener tanto función de prevención como de castigo ante lo ya realizado²⁰⁶. Solo. hasta el 23 de noviembre de 1994 la comisión de derecho internacional de las naciones unidas presentó un proyecto de Estatuto para la creación de una corte internacional, creándose así en 1998 la Corte Penal Internacional con el Estatuto de Roma.²⁰⁷

Dentro del ER, se elabora criterios de imputación como lo son la responsabilidad individual, que de la misma manera menciona los criterios que deben ser tomados en cuenta para ser responsable a titulo personal por la comisión de un crimen internacional;²⁰⁸ de la misma forma hace mención a la improcedencia del cargo oficial para evitar impunidad dentro de cualquier ámbito procesal en que se desarrolle el juzgamiento de un sujeto responsable por la ejecución de un delito competencia de la Corte;²⁰⁹ y no menos importante la prescripción puntual de la responsabilidad por el mando para aquellos dirigentes que bajo la visión legal o de facto cuenten con responsabilidad directa por sus subordinados a cargo.²¹⁰

²⁰⁵* Pues se vio la necesidad de aplicar normas de derecho penal internacional y de otorgarle imparcialidad a los tribunales, teniendo como base jurídica la resolución del consejo de seguridad N827 de 25 de mayo de 1993 y resolución N 955 de 8 de noviembre de 1994; según la posibilidad que otorga el capítulo VII de la carta de la ONU. WERLE, Gerhard, *et al.* op. cit. P. 57.

²⁰⁶ GUTIÉRREZ POSSE, D.T. op. cit.

²⁰⁷ WERLE, Gerhard, *et al.* op. cit. P. 64

²⁰⁸ Art. 25 AMBOS, Kai. El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1.ed. ed. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1999. Naciones Unidas. Resolución 95(I). [Consultado el Febrero 20,2019]. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/95%28I%29>

²⁰⁹ Art 27. *Ibíd.*

²¹⁰ Art 28. *Ibíd.*

Sin duda alguna, el Estatuto de Roma se impregnó de sus precedentes legales y jurisprudenciales para desarrollar a fondo las características necesarias y así tener dentro de sí, conceptos claros y vinculantes respecto a la responsabilidad penal individual y resaltar la importancia por tener positivizada actos concretos y aspectos específicos que dotan de particularidad al individuo como máximo responsable.²¹¹

Así las cosas, con la creación de la Corte Penal Internacional se abrió puerta a la verdadera justicia, a la justicia que vincula aquellos que se pudiesen sentir intocables por excusarse bajo un cargo gubernamental o militar, una Corte que influyese coerción ante la posible realización de crímenes internacionales evitando así la comisión de los mismos. Realmente, el tiempo de impunidad ante lo plasmado en el estatuto había cesado. Una Corte que reflejó las experiencias pasadas y otorgó la legalidad necesaria para lograr establecer dentro ella criterios imputación individuales a los que existen en la actualidad y sobre los que abordaremos su estudio inmediatamente.²¹²

Es por lo tanto necesario exhortar los aportes cruciales para la conclusión de ello, mencionando por lo tanto la referencia traída desde Versalles con la creación de un Tribunal especial y lograr juzgar al supremo responsable el Káiser Guillermo II, situación que hoy día se ve plasmada dentro de la existencia misma de la Corte Penal Internacional al ser un tribunal complementario.

Los aportes dejados por los atroces eventos sociales y la creación de los distintos tribunales militares demuestran en el presente la conjugación de cada una de las vivencias para la

²¹¹ Fernández de Gurmendi. op.cit.

²¹² Ministerios de asuntos exteriores. Unión Europea. Corte Penal Internacional. [Consultado el Jun,23,2019]. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>

elaboración y funcionamiento de la CPI. Los tribunales de Núremberg y Tokio facilitaron el surgimiento jurídico de criterios de la dogmática penal como lo fueron la causalidad y culpabilidad individual, instituciones jurídicas que contemplan el paso claro de la responsabilidad estatal al respeto y judicialización al individuo cuando exista vulneración alguna a los Derechos Humanos, y que fungen como vigas principales en la elaboración de la imputación penal, hoy en día necesarios para la celebración procesal de los juicios ante la CPI. De la misma manera se percibe la influencia recibida al desplegar conceptos de responsabilidad penal cuando se es jefe, planificador de un crimen, o con conocimiento de los mismos aun así pertenezca a un nivel político, conceptos incluidos dentro de la individualización penal en el y que encuentra plena concordancia con la mención actual de la improcedencia del cargo oficial en el ER y para la formación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores; por lo tanto, son los cimientos principales que históricamente aportaron mayor claridad en la creación de los conceptos jurídicos usados hoy dentro del funcionamiento de la CPI.²¹³

Lo anterior, podría también reflejarse en la creación vigente del conocimiento siquiera superfluo de la comisión de crímenes a manos de sus subordinados, como lo es dentro del Estatuto de Roma el desarrollo de la responsabilidad por el mando, dentro del cual se opta por otorgar relevancia jurídico- penal al concepto de omisión, como “causa hipotética” en la comisión de los crímenes. Concepto que fue extendido también a los civiles responsables de ello, y esto gracias a la mención jurisprudencial realizada en el Tribunal de Tokio quien extendió la misma a la categoría civil.²¹⁴

Los aportes de la jurisprudencia de los Tribunales *Ad-hoc* no cesaron y engloba igualmente la necesidad por observar en el aspecto probatorio la obligatoriedad del superior para desplegar todas las acciones necesarias y así reprimir la concurrencia de un crimen

²¹³ Cruz Roja Internacional. op. cit Art.8 ver también SANCHEZ Y SANCHEZ op. cit

²¹⁴ CHERIF BASSIOUNI, op. cit. P. 73

internacional, como también fue mencionado dentro de la jurisprudencia de la Guerra de Vietnam en los Tribunales Norteamericanos con la ley Medina, y su importante aporte dentro de la doctrina de la responsabilidad por el mando, cuando existencia delegación dentro de la obligación primordial del deber de cuidado que reposa en cabeza de los superiores jerárquicos militares.²¹⁵

Así las cosas, el Estatuto de Roma engloba gran parte de sus referencias históricas al momento de desarrollar los criterios de imputación de los máximos responsables, esto dentro de artículos del mismo y hace especial estudio de ellos para tener un efectivo cumplimiento de su normatividad, sin dejar de lado aspectos subjetivos tenidos en cuenta para lograr la penalidad de los máximos responsables, caracterizando la importancia por tener un organismo Internacional que responda a las necesidades de los cambios sociales de manera preventiva, garantizando de esta manera una justicia imparcial y verdadera.

²¹⁵ A Combat Company Commander Has Certain Unique Duties. A Company Commander Is Responsible For Controlling And Supervising His Subordinates During Combat Operations. op.cit.

CAPITULO II. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

Identificados los aspectos más significativos aportados por los Tribunales Internacionales estudiados anteriormente; es importante examinar la manera en que fueron desarrollados dentro del ER y la jurisprudencia de la Corte, haciendo necesario por tanto un reconocimiento de los aspectos procedimentales y probatorios para lograr catalogar dentro del articulado del mismo las normas referentes a los máximos responsables.

El Estatuto de Roma es el instrumento jurídico internacional con el cual, la Corte Penal Internacional se rige, su articulado es completo pues comprende absolutamente todo sin dejar lagunas interpretativas que faciliten una defensa basada en la falta de legalidad, siendo así un instrumento legal claro y efectivo en la actualidad para el funcionamiento de la Corte.

El cuerpo de Estatuto es absolutamente relevante para el desarrollo de esta temática, sin embargo, es pertinente recalcar los aportes dejados por los tribunales *Ad-hoc*, como lo es el fundamento penal definido por el principio de culpabilidad hoy usado por la CPI, desarrollando así un derecho penal de acto.²¹⁶ Acompañado de ello, El ER contempla un catalogo de posibilidades dentro de las cuales se esboza las distintas modalidades de imputación penal para los máximos responsables; por un lado se obtiene el Art. 25 del Estatuto que aborda de manera directa la responsabilidad penal para autores y partícipes de , mientras que el Art. 28 del mismo se encarga de una forma de responsabilidad subsidiaria, llamada la responsabilidad por el mando, imputación que motiva el estudio del presente aporte investigativo.

Aunque dentro de la referencia a la autoría y participación no se aborde la responsabilidad por el mando, consideramos imprescindible analizar los distintos matices en los que un autor

²¹⁶ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. La Corte Penal Internacional: Un avance contra la impunidad. . En: UNIVERSITAS. Junio, no. 107, P.41. ver también: SOTOMAYOR ACOSTA. op. cit.

puede incurrir en la comisión de un delito internacional, siendo también clasificado como máximo responsable, por lo que plantearemos los aspectos más importantes referentes a la autoría y la manera en que por medio de la jurisprudencia ha sido desarrollado a la par de la responsabilidad por el mando.

1. ARTÍCULO 25 DEL ER A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE MÁXIMOS RESPONSABLES.

El artículo 25 del estatuto, abarca todo lo referente a la responsabilidad individual²¹⁷ generando de forma clara y concisa una vinculación concreta de los individuos y no de los Estados dado que el elemento volitivo no podía ser identificado dentro de una persona jurídica como lo es un Estado por ser una entidad abstracta.²¹⁸

²¹⁷ Huertas Díaz, Omar; Amaya Sandoval, Carolina; Ambos, Kai. Triada del Derecho Penal Internacional (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez. 2016. P. 224. Ver también AMBOS, Kai. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? : fundamentos y formas. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2008. P. 74

**Artículo 25 Responsabilidad Penal Individual*

1. *De conformidad con el presente estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.*
2. *Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*
3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*
 - a) *Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;*
 - b) *Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;*
 - c) *Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de la comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión*
 - d) *Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión de crimen por un grupo de personas que tenga una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*
 - i) *Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la corte; o*
 - ii) *A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.*
 - e) *Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y publica a que se cometa;*
 - f) *Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.*
4. *Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.*

²¹⁸ MAY, Larissa, et al. Resumen. En: ACADEMIC EMERGENCY MEDICINE. Jan 1., vol. 21, no. 1, p. 17

Al interior del Art. 25 se visualizan las distintas formas de responsabilidad en que incurre el sujeto activo al realizar la conducta tipificada como delito, es relevante analizar los aspectos más importantes de las diferentes maneras en que se presenta un sujeto como máximo responsable por lo tanto nos ajustaremos a la lectura del Art. 25 y a la jurisprudencia de la CPI para lograr diferenciar a los máximos responsables de aquellos que aportan a la realización del delito bajo la categoría de partícipes.²¹⁹

Para distinguir entre autoría y participación, la corte ha realizado un estudio respecto del cual se observara que criterio encajaría mejor en la determinación del concepto de autoría en el DPI; tomando como referencia criterios objetivos y criterios subjetivos.²²⁰

Los criterios objetivos, relativos a la concurrencia de la acción del sujeto activo con los elementos descriptivos del crimen; por su parte los elementos Subjetivos atendiendo a la voluntad e intención con que el autor comete el hecho delictivo.²²¹ Sin embargo, ninguno de estos criterios a pensamiento de la Corte logran de manera completa la diferenciación entre autoría y participación, lo que conlleva a que se desarrolle la teoría del dominio del hecho²²², sobre la cual será autor quien tenga control sobre la comisión del delito y puede frustrar la comisión del mismo.²²³

²¹⁹ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit Art 25.

²²⁰ FERNÁNDEZ CARTER, María Catalina y JIMÉNEZ LAURENCE, Andrea Belén. Los criterios de la Corte Penal Internacional sobre Autoría y Participación. Universidad de Chile., 2016. p. 24-39.

²²¹ *Ibíd.*

²²² MARXEN, Klaus, *et al.* Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía, 2018. P.115 ver también: “Dominio del hecho: conforme al cual, son autores aquellos intervinientes que dominan la comisión del delito en el sentido de que ellos deciden si el hecho será cometido y como será llevado a cabo” OLÁSOLO ALONSO, Héctor. Introducción al derecho internacional penal. Bogotá : Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2015, P. 115

²²³ FERNANDEZ CARTER Y JIMENEZ LAURENCE. op. cit. p.38. Ver También: LANDAVERDE, Moris. Teoría del dominio del hecho. Feb, 24, [Consultado el .2018]. Disponible en: <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>

Destacada la teoría diferenciadora entre partícipes y autores, es pertinente examinar dentro del Estatuto cual es la mención explícita a los autores; el literal a) del Art. 25 designa que será responsable a quien “Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”²²⁴ aquí hayamos tres conceptos importantes de autoría²²⁵, autor directo o material, coautoría y autoría mediata; Conceptos que son cobijados bajo la categoría de máximos responsables por ser los sujetos activos que dominan la comisión del hecho delictivo y que por tanto debe judicializarse bajo la categoría de autor, estos criterios de imputación de autoría directa, coautoría y autoría mediata han de ser estudiados a continuación para entender de que manera o bajo que acción contribuye a otorgarle el calificativo de máximo responsable.

1.1 AUTORIA DIRECTA-MATERIAL Y LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN PARA SER MÁXIMO RESPONSABLE.

El concepto de autor directo está referido dentro del Literal a) del Artículo 25 del ER como aquel sujeto que “*Cometa ese crimen por sí solo*”²²⁶, haciendo alusión a la comisión individual del delito, es decir, realiza la acción típica de propia mano y además cumple con los requisitos internos de voluntad exigidos,²²⁷ refiriéndose así a la comisión individual del delito y haciendo pleno uso del principio de responsabilidad individual.²²⁸

²²⁴ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

²²⁵ AMBOS KAI. Temas de Derecho Penal Internacional. op. cit. p 24

²²⁶ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

²²⁷ WERLE, Gerhard, *et al.*, op. cit. P. 348. Ver Ver tambien: OLÁSULO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Diké Biblioteca jurídica, 2009, P. 302 *Autoría directa es quien tiene el control de delito porque controla la acción al ser el mismo quien realiza materialmente el tipo penal.

²²⁸ AMBOS, Kai. El nuevo derecho penal internacional. Lima : ARA Editores, 2004, P.281.

El autor material reúne los elementos objetivos en la comisión del delito y los elementos subjetivos del mismo, es decir en una sola persona individualmente identificada concurren la pluralidad de exigencias requeridas para ser designado como autor.²²⁹

La CPI ha esbozado para la autoría material cuales son los criterios integrantes de cada elemento, ha incluido dentro de los elementos objetivos dos categorías más; las cuales son:

1. Elementos objetivos contextuales: están presentes de manera general en la descripción de la mayoría de los crímenes de la Corte, Dentro de cada elemento objetivo contextual deben estar presentes las circunstancias de hecho que determinan la categoría del crimen, es decir, estudiar los hechos concomitantes a cada delito dentro del crimen que reúne la categoría a imputar.
2. Elementos individuales de cada tipo penal,²³⁰

Por su parte, los elementos subjetivos se pueden clasificar de la siguiente manera:

3. Elementos subjetivos generales: en semejanza con los elementos objetivos contextuales, estos también están presentes de manera general dentro de la descripción de la conducta,²³¹ cobijado dentro del artículo 30 del ER como el requisito de tener “*intención y conocimiento.*”²³²

²²⁹ OLÁSOLO ALONSO, Héctor; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional : en homenaje al prof. Augusto Ramírez Ocampo. Valencia, España : Tirant lo Blanch ; Universidad del Rosario ; Universidad Sergio Arboleda ; Instituto Iberoamericano de la Haya, 2013.P.136

²³⁰ Caso Al Bashir- ICC-02/05-01/09-3 Citado por: OLÁSOLO ALONSO. Ibíd.

²³¹ FLETCHER. Criminal Law. Citado por: OLÁSOLO ALONSO. Ibíd. P. 142

²³² Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit. Art.30

4. Elementos Subjetivos adicionales: en los cuales se observa un dolo adicional, dolo especial que motiva a la comisión del crimen internacional, que es el móvil por el cual el sujeto lleva a cabo el delito.²³³

Por lo cual, será autor material quien en comisión de todas las exigencias objetivas y subjetivas realice por si solo el delito, toda contribución en la comisión del delito será dado por la singularidad en la persona del sujeto activo, sin la necesidad de tener un contribución necesaria por un sujeto ajeno²³⁴ es decir, el autor directo estará plenamente identificado el autor material como máximo responsable en la concurrencia de los crímenes internacionales al incluir dentro de el, todos los elementos necesarios para ser el único autor.

1.2 ASPECTOS DETERMINANTES EN LA COAUTORIA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.

La coautoría es incluida como forma de autoría dentro del estatuto al hacer alusión a la comisión de un crimen “*con otro*,”²³⁵ lo que infiere que hay pluralidad de sujetos activos en la comisión del delito, existiendo co- dominio del hecho.²³⁶

La definición de la misma es englobada como el aporte fundamental realizado por dos o mas personas a la comisión de un crimen internacional, dentro de los cuales cada uno

²³³ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op.cit. P. 144. Ver también: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Autoría y participación en derecho penal internacional : los crímenes de atrocidad. Albolote, Granada : Comares, 2015, P. 25-30.

²³⁴ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. Berlín. Dic, 22. [Consultado el Jun,24,2019]. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=Vgd8LzjbQXEC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

²³⁵ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit. Art 25 a).

²³⁶ ROXIN, Claus. op.cit

individualmente podría frustrar la realización del delito²³⁷, es decir, el aporte causal dado por cada sujeto activo es necesario para llevar a la cabo el delito.

Su base dogmática se respalda bajo el dominio funcional de la voluntad (como categoría que pertenece al dominio del hecho); el dominio funcional debe reunir en la coautoría elementos objetivos y elementos subjetivos.²³⁸

Para el entendimiento de cada elemento, se fracciona según los requisitos necesarios para ser coautor; en cuanto a los elementos objetivos tenemos:

- La existencia de un plan común: esto dado que los coautores están relacionados de forma interdependiente, es decir la contribución realizada debe haber sido acordada, tal acuerdo puede ser de forma explícita o tácita²³⁹
- Contribución esencial: la contribución esencial está referida a la capacidad que tiene el imputado de no llevar a su final el plan común a través de su inactividad es decir, tiene un “dominio negativo” en la realización del crimen.²⁴⁰

Al analizar los elementos subjetivos se determina que son integrados por tres aspectos más:

²³⁷ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op. cit. P.503. Ver también: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, op. cit. P. 65

²³⁸ ROXIN, Claus. op.cit.

²³⁹ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op. cit. P.508-511

²⁴⁰ LUBANGA. Sentencia primera instancia. Citado por: OLASOLO ALONSO Ibíd.P.513

- Concurrencia del elemento subjetivo exigido por el delito, en cada uno de los coautores,
- Aceptación total del delito por tener un elemento de criminalidad dentro del plan común,
- Tener conocimiento de los aspectos facticos para así, tener dominio funcional del delito.²⁴¹

Así las cosas, la coautoría será una de las formas de expresión en las que se presenta la contribución de sujeto activo como máximo responsable, siempre y cuando cumpla de lleno los requisitos exigidos dentro de la misma figura, asegurando así la participación esencial por parte de cada coautor en la comisión del delito; empero se resalta que el aspecto fundamental será la existencia del dominio funcional del hecho, toda vez que éste será el elemento determinante para la categorización de un sujeto activo como máximo responsable ante la ley penal internacional.²⁴²

1.3 AUTORIA MEDIATA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN A LOS MÁXIMOS RESPONSABLES.

La autoría mediata se desarrolla gracias a la enunciación de esta misma como forma de autoría dentro del ER, el Art. 25 hace alusión a esta a través del enunciado “*por conducto de otro sea éste o no penalmente responsable*”²⁴³, dado que establece la comisión del hecho con

²⁴¹ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op. cit. P.520-524

²⁴² ROXIN, Claus. op.cit.

²⁴³ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

la voluntad principal del hombre de atrás; como bien lo expresa Werle Gerhard²⁴⁴ “le concede al autor mediato el dominio sobre la voluntad de aquellos que físicamente ejecutan los elementos materiales del crimen”, haciendo uso de un sujeto activo a modo de herramienta para cometer el delito y, que por lo general esta herramienta es un sujeto no responsable por el acto delictivo otorgándole así la autoría principal al hombre de atrás.²⁴⁵

Para Roxin la teoría de la autoría mediata está dirigida a la existencia de una estructura organizada de poder (EOP), en el cual existe un sistema jerarquizado y de fungibilidad de los sujetos que efectivamente realizan la acción descrita dentro del tipo penal; reuniendo así una serie de requisitos necesarios para hablar de la existencia de una EOP:

- organización jerarquizada: esto quiere decir que en su estructura hay una serie piramidal de mando y que el dominio es otorgado por el aparato de poder.
- Que el aparato organizado de poder no se encuentre ajustado al derecho, esto es necesario ya que, de encontrarse en el marco de la legalidad, cabría la posibilidad de dilucidar si la orden debe o no ser acatada por el sujeto actor.
- Fungibilidad del autor material: esto para asegurar el cumplimiento de la orden en caso dado se niegue uno de los sujetos fungibles a acatarla.
- La disponibilidad del autor material para ejecutar la orden dada.²⁴⁶

²⁴⁴WERLE, Gerhard. *et al.* P. 362. * Autor mediato es aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos del tipo, controla la comisión del delito porque ultima al autor directo como un instrumento sometido al control e su voluntad dominante. Decisión de confirmación de cargos Caso Lubanga. Citado Por: OLASÓLO ALONSO. Ensayos sobre la CPI. op.cit.P 302

²⁴⁵AMBOS KAI. El nuevo Derecho Penal Internacional. op. cit. P. 282

²⁴⁶BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir. Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. En: ACADEMIA & DERECHO. Dec 1., no. 13, p. 237. * En el mismo sentido se pronuncia la Jursiprudencia de la CPI en los procesos penales como lo fue el caso Thomas Lubanga. Al respecto se estudiará a fondo dentro del capítulo siguiente. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Affaire Lubanga. [Consultado el Jun,15,2019]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>

Estos 4 requisitos configuran dentro de sí la autoría mediata, observando como autor solamente al sujeto denominado como el hombre de atas, pues es quien ostenta la voluntad para generar el hecho delictivo y que es de suma importancia en la ejecución de un crimen internacional.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina en atención al literal a) del *Art. 25* el autor material puede ser plenamente responsable también por el delito, es decir pueden coexistir las figuras de autoría material y autoría mediata sin ningún problema.²⁴⁷

Al igual que los otros tipos de autoría vistos anteriormente, la autoría mediata es integrada por una serie de elementos determinantes para hacer posible la aplicación de la figura como forma de autoría en los máximos responsables en las EOP.

Dentro de los elementos objetivos desarrollados por la jurisprudencia de la CPI encontramos:

- El autor material debe tener control sobre la organización.
- La organización debe tratarse de una EOP.
- La ejecución del delito debe ser garantizada a través de un automatismo en los autores materiales del delito.²⁴⁸

En cuanto a los elementos subjetivos se determinan como necesarios:

²⁴⁷ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op. cit. P.203

²⁴⁸ Orden de arresto, Caso Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. Citado por: OLASOLO ALONSO *Ibíd.* P.203

- La concurrencia de todas las exigencias que integran los elementos subjetivos del delito a imputar.
- El superior (autor mediato) debe tener consciencia de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer dominio en la voluntad del autor material que ejecuta el delito.²⁴⁹

Elementos que de manera general han de ser señalados pero que precisan un mayor estudio dentro de la practica Jurisprudencial de la Corte como se podrá plasmar de manera inmediata a la culminación del presente capítulo.

Dentro de la autoría mediata se hace plausible la determinación de un sujeto como máximo responsable gracias a la figura utilizada como lo es la EOP, pues como bien se planteó es a través de esta donde se hace posible visualizar a un sujeto que no realiza la acción material del delito, como responsable directo de la ejecución del mismo.

1.4 COAUTORIA MEDIATA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DESARROLLADO POR LA CPI EN LOS CASOS DE SUEJTS ACTIVOS COMO MÁXIMOS RESPONSABLES.

La coautoría mediata es una de las maneras en que se puede incurrir en responsabilidad penal como máximo responsable; aunque no aparezca de forma directa en la lectura del literal a) *Art. 25 ER*, ha sido desarrollado dentro de la jurisprudencia de la CPI.

²⁴⁹ *Ibíd.*

La corte ha estipulado que en la presencia de la coautoría mediata deben reunirse a cabalidad todos los elementos integrantes de cada figura²⁵⁰, es decir los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría por dominio funcional y la autoria mediata a través de EOP; los elementos de esta misma se ven reflejados así:

- Existencia de un plan común,
- Realizar las acciones de manera coordinada,
- Debe haber existencia de un grupo organizado y jerárquico de poder,
- La organización debe ser una Estructura Organizada de Poder,
- Cumplimiento automático de las ordenes del hombre de atrás- superior,
- El coautor mediato debe cumplir con los requisitos de carácter subjetivos exigidos en el delito,
- Se debe aceptar que de la realización del plan común o acuerdo común resultará ña concurrencia de los elementos objetivos del delito,
- El coautor material debe tener conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control.²⁵¹

Como consecuencia de ello, de su lectura se permite inferir que la coautoría mediata resultará de la aplicación conjunta de los elementos de principales de la autoria mediata basada en una estructura organizada de poder y de la coautoría con dominio funcional, para facilitar la

²⁵⁰ OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional op. cit. P. 569

²⁵¹ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kogsley y Sang. Citado por: OLASOLO ALONSO; Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. op. cit. P.569. Ver también: ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, op. cit. P. 216.

aplicación de esta figura cuando dentro de la ejecución de los delitos se encuentre la aplicación de ambas, es decir es una coexistencia de figuras aplicadas de manera individual.

La importancia de esta forma de imputación radica en la posibilidad de conjugar aspectos materiales que de manera independiente impedirían una calificación de autor como máximo responsable, pero que de manera conjunta podría llegar a ser sujeto activo bajo la categoría de coautor mediato.

Cada una de las formas de autoria en que se pueda determinar el actuar del sujeto activo, es relevante dado que determina los elementos en que harían factible la calificación como máximo responsable, la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata y la coautoría mediata como formas de participación principales, son la muestra clara de que la Corte busca enfocar su juzgamiento aquellos actores de los crímenes que tengan verdadera determinación en la concurrencia de los mismos. Determinando así, que los dirigentes no son simplemente partícipes de los delitos si no que por el contrario reflejan de manera idónea el dominio en el actuar de otro sujeto ajeno a su persona, y por lo tanto hace necesaria que sea imputado bajo la categoría de autor y no bajo la percepción de participación en donde se tienen penas mas atenuadas, situación que influye el uso de estos modelos de imputación dentro de los cuales se exaltarán criterios como el dominio funcional o la EOP para ser llamados máximos responsables, aspecto crucial dentro de la acciones penales y fundamental igualmente cuando dentro de una omisión también sea sujeto de responsabilidad penal, como se menciona dentro de la responsabilidad por el mando.²⁵²

²⁵² TIPY. Sala de apelaciones, Prosecutor v Duško Tadić. Citado por: OLÁSULO ALONSO, Introducción al derecho internacional penal. op.cit. P. 113.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO; (ARTÍCULO 28 DEL ER) COMO FORMA DE IMPUTACIÓN PENAL DENTRO DE LA OMISIÓN.

El Estatuto de Roma incorpora dentro del Artículo 28²⁵³ el concepto de responsabilidad por el mando para ejercer el juzgamiento de los máximos responsables militares y civiles, señalando los requisitos para que se logre configurar la responsabilidad penal cuando se trate de superiores militares o quien haga sus veces como civiles²⁵⁴ ; sin embargo, le antecede a su estudio, una aclaración pertinente que posibilita el juzgamiento de los mencionados, como lo es la improcedencia del cargo oficial incluida dentro del Art.27 del ER.²⁵⁵

²⁵³ * Artículo 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) *Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

²⁵⁴ MAY, Larissa, et al. op. cit.

²⁵⁵ **Artículo 27 Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

El artículo 27 del Estatuto por su parte, comprende este aspecto siendo claro en palpar que no existirá ninguna circunstancia que evite la competencia de la Corte sobre un sujeto que sea penalmente responsable por los crímenes internacionales; igualmente, es la forma más visible en que se desarrolla el principio de igualdad, poniendo bajo una misma óptica la punibilidad de los sujetos sin tener en cuenta factores externos para que cualquier atentado contra la humanidad quede impune.²⁵⁶

Es decir faculta la investigación y la acusación realizada por la Corte al evocar que sin importancia de las circunstancias subjetivas que rodeen al posible imputado, se procederá a vincularlo en el proceso penal siempre y cuando se encuentre como posible responsable; lo sustancial de esta explicación es resaltar que incluso aquellos sujetos que no estén actuando de propia mano dentro de la concurrencia del delito, si no que han sido vinculados por la omisión en su actuar, podrán ser responsables por ser superior al mando y tener directa responsabilidad sobre sus subordinados (Art.28 ER)²⁵⁷ y que la misma categoría de superior jerárquico no será de eximente para realizar el juzgamiento de este. Estas son características decisivas para lograr la imputación dentro de la responsabilidad por el mando, circunstancias que en la practica antienden de manera más factible la imputación penal muestra de ello son los diferentes casos llevados dentro de la CPI, casos que han de ser analizados a fondo dentro del acápite posterior.

Así las cosas, la responsabilidad por el mando tendrá plena coincidencia con el resto del cuerpo del ER, facultando la pertenencia de toda persona que sea máximo responsable.

²⁵⁶ MAY, Larissa, et al. op. cit. Ver también: DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho penal. 2. ed. ed. México: Ed. Porrúa, 2004.

²⁵⁷ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit. Art.28.

Como ya se planteó con anterioridad la responsabilidad por el mando es aplicada de manera subsidiaria²⁵⁸, es decir tiene pleno uso cuando la conducta típica no puede ser encajada dentro de alguno de los modelos de autoría y participación incluidos en el Artículo 25 del ER²⁵⁹ entendiendo de esta manera que es una forma de salvaguardar la justicia, cuando no se logra hallar la conexión entre el actuar de un superior o dirigente dentro de los modelos clásicos de autoría y participación.

El Derecho penal está comprendido por acciones y omisiones como aspectos generadores de responsabilidad penal, y es precisamente el Artículo 28 del ER quien se encarga de emprender la omisión como forma de responsabilidad, dado por el incumplimiento del superior en supervisar el actuar de los subordinados a su cargo.²⁶⁰ Distribuye la omisión del superior en tres distintos planos de inacción:

1. Inacción en el deber de evitar la comisión de los delitos,
2. Inacción en el deber de reprimir la ejecución de los delitos,
3. Inacción en el deber de poner en conocimiento los hechos a las autoridades competentes.²⁶¹

²⁵⁸ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 384 *la redacción del artículo va encaminada a ser el último recurso cuando no se logra establecer una responsabilidad directa para el superior jerárquico por algún delito internacional cometido, a la anterior percepción le hace justicia incluso la jurisprudencia de la CPI ya que se ha aclarado que la responsabilidad omisiva o responsabilidad por el mando se analiza en un segundo plano cuando no ha sido factible vincular al superior militar o civil de manera directa por la comisión de los delitos.

²⁵⁹ ODRIOTZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Autoría y participación en derecho penal internacional: los crímenes de atrocidad. Albolote, Granada: Comares, 2015. P. 293

²⁶⁰ AMBOS KAI. Temas de Derecho Penal Internacional. op. cit. P.171

²⁶¹ COMITE INTERNATIONAL GENEVE. "La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión". ICRC: ICRC, También en: OLÁSOLO ALONSO. Ensayos sobre la CPI. op. cit. P. 808.

Deberes que han de presentarse dentro de distintos momentos temporales a la comisión del delito, ya sea con anterioridad, durante el mismo o a la finalización de este cobijando de esta manera cualquier espectro lógico- temporal en el que se deba responsabilizar al máximo responsable.²⁶² Empero será forzoso referirse a estos deberes de manera mas exacta dentro de la Jurisprudencia y la Dogmática desarrollada por la CPI como se podrá observar inmediateamente.

Es ineludible por lo tanto examinar la manera en que el Estatuto de Roma se apropia de la responsabilidad por el mando, y como la esboza dentro de las distintas omisiones realizadas por el superior la responsabilidad penal. Sin embargo, para poder comprender lo precedente es fundamental iniciar su estudio con la naturaleza jurídica de la misma figura de responsabilidad.

2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

Pocas veces los crímenes de estudio internacional son cometidos por los altos mandos, haciendo uso así de los sujetos que se encuentren bajo su guarda en los niveles intermedios²⁶³ es por esto que se designa un concepto clave para lograr imputar los delitos cometidos a aquellos se escudan tras un cargo oficial o civil, como lo es la autoría mediata, la coautoría mediata y la responsabilidad por el mando en aplicación de manera subsidiaria.

²⁶² WINTER ETCHEBERRY, Jaime Alfredo. La Responsabilidad por el mando en el Derecho Penal Internacional. [Consultado el Jun,13,2019]. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-winter_j/pdfAmont/de-winter_j.pdf

²⁶³ AMBOS KAI. Temas de Derecho Penal Internacional.op. cit. P.69

Sin embargo, a pesar de existir unanimidad en cuanto al uso subsidiaria de la figura, el panorama es distinto para lograr determinar la naturaleza jurídica de la misma.

Las posiciones de los distintos doctrinantes varían en catalogar a la responsabilidad por el mando como un tipo autónomo de delito o si por el contrario hace parte de la referencia a la autoría y participación²⁶⁴, lo relevante es determinar que aspectos de las distintas posiciones doctrinales se ajustan más a la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el mando, por lo tanto, será imperioso comprarlas.

2.1.1 Responsabilidad por el mando como delito de omisión propia.

Para Ambos Kai²⁶⁵ la responsabilidad por el mando es un delito propio de omisión, pues hace responsable al superior por la falta de previsión en su deber de supervisión sobre los subordinados, más no por los delitos que estos últimos cometan, esto significa que no es responsable de una comisión por omisión, si no que, por el contrario, la responsabilidad reposa en el control e intervención que tenga el superior sobre sus subordinados.

La responsabilidad reposaría en el dolo del incumplimiento en su deber de supervisión como subordinado, otorgando así una responsabilidad por complicidad en la omisión al encubrir o no actuar para impedir, reprimir o informar en el hecho doloso de los autores materiales del crimen.²⁶⁶

²⁶⁴ ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren Op. Cit. P. 301

²⁶⁵ AMBOS KAI. Temas de Derecho Penal Internacional. op. cit. P. 170 Ver También: OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional. op. cit. P. 829 *La responsabilidad esbozada dentro del Artículo 28 del Estatuto de Roma, debe ser tratada como un delito de omisión quien atendiendo a las circunstancias subjetivas derivadas de la expresión “en razón de” son entendidas como “casos de responsabilidad accesoria, en el que el incumplimiento de los superiores facilita la comisión de los delitos por sus subordinados”

²⁶⁶ AMBOS KAI. La parte, Citado por: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit. P. 308

De la misma forma, Van Sliedregt comparte dicha posición pero marcando una diferencia en cuanto al conocimiento del superior sobre los hechos tipificados como delitos, es decir en marca la responsabilidad por el mando como un delito de omisión propia solo si este mismo no tenia conocimiento sobre los crímenes²⁶⁷, también así es abordado por Cassese Antonio,²⁶⁸ diferenciando los momentos de conocimiento por los que se desenvuelve el superior, y catalogando la responsabilidad de este como un delito propio de omisión cuando desconozca el actuar de los subordinados.

Es decir, la opinión es compartida en cuanto a enfocar la responsabilidad como un delito de omisión propia siempre y cuando no se tenga conocimiento de las acciones delictivas de los subordinados, para así ser posible enfocarse solamente en el deber de supervisión y cuidado que fue incumplido por el superior jerárquico²⁶⁹, sin extender la responsabilidad directa de los delitos cometidos por los subordinados.

Exalta por lo tanto, la infracción de los deberes inherentes al superior jerárquico como delito de omisión propia sin que ello lleve a ser responsable por los delitos cometidos, será entonces un delito enfocado en la vulneración de un deber de cuidado.

²⁶⁷ VAN SLIEDREGT, Individual. 199 Citado por ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit. P. 306

²⁶⁸ CASSESE, Antonio, *et al.* Cassese's international criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2013, P. 245-247

²⁶⁹ * “De los deberes de los subordinados responderá el superior cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios” WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.383.

2.1.2 Responsabilidad por el mando como un delito de omisión impropia (comisión por omisión).

La responsabilidad por el mando como comisión por omisión basa su teoría en catalogar la omisión del superior como una autentica acción material de autor, imputando los crímenes cometidos por los subordinados al superior jerárquico que incumplió su deber de vigilancia²⁷⁰.

Dentro de la comisión por omisión juega un papel importante el nexo de causalidad entre la omisión del superior y los delitos de los subordinados. Sin embargo, esto es solamente aplicable en cuanto se haga referencia al deber de evitar o prevenir²⁷¹ la comisión de los crímenes internacionales, y no a los deberes de reprimir o poner en conocimiento el asunto a las autoridades competentes.

Este nexo de causalidad será relevante para determinar de que manera influyó la no evitación de los delitos por parte del superior en la comisión de estos, para dar lugar a una responsabilidad a título de autoría,²⁷² es decir una responsabilidad principal.

A pesar de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que engloban la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el mando, se considera que esta misma atiende a las circunstancias especiales de cada caso analizado; Por lo tanto, no se podría encasillar dentro de una sola modalidad, sea omisión propia u omisión impropia la falta de acción por parte

²⁷⁰ TPIY, Sentencia de 16 de noviembre de 2005 (Halilović TC) Citado por: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 385 también en: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P. 304-305.

²⁷¹ Decisión de confirmación de cargos caso *Bemba*. Citado por: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.305

²⁷² OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 810.

del superior, por el contrario será necesario realizar un examen teórico-material para entender la manera en que se presente la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el mando.²⁷³

Así las cosas, por ser de cambiante naturaleza jurídica se considera que la misma debería ser *sui generis*, de propio genero y que deberá ser estudiada en concordancia con los aspectos probatorios relevantes para determinar si se trata de una responsabilidad a titulo de autoria y si por el contrario será considerada como participe, dependiendo del nexo de causalidad que se tenga y de los momentos en que se ha producido la omisión con referencia al crimen, aspectos que pueden ser observados dentro de la jurisprudencia de la CPI, donde el “contenido de injusto de la responsabilidad del superior se centra en la omisión culpable contraria a deber.”²⁷⁴ Omisión que ha de ser abordada de manera independiente en cada caso en concreto para determinar el grado de punibilidad del sujeto activo de la conducta penal por responsabilidad por el mando.

2.2 ELEMENTOS INTEGRALES DE LA REPONSABILIDAD POR EL MANDO.

La responsabilidad por el mando está integrada por elementos objetivos (*Actus Reus*) y elementos subjetivos (*Mens Rea*) dentro de los cuales se logra compenetrar la interpretación completa del artículo 28 del ER.²⁷⁵

La jurisprudencia de la CPI los ha mencionado como cinco, los elementos concurrentes para poder hablar de responsabilidad por el mando:

²⁷³ TPIY, Sentencia de 20 de febrero de 2001 (Mucić *et al*, AC) Citado por: WERLE GERHARD *et al*. op.cit. P. 385

²⁷⁴ Ibíd. P. 386

²⁷⁵ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P332

1. Tener la calidad de superior militar o civil,
2. Tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre los subordinados,
3. Que los delitos sea fruto de la omisión del superior (causalidad),
4. El superior sabía o debía saber que lo subordinados procedían a cometer actos delictivos,
5. Falta de adopción en las medidas razonables que evitarían, reprimirían o pondrían en conocimiento a las autoridades competentes.²⁷⁶

Elementos que han sido integrados gracias a los distintos panoramas suscitados dentro de la comisión de los crímenes de guerra y de lesa humanidad; aportes significativos para lograr tener la responsabilidad por el mando como la forma de imputación penal que se tiene hoy en día.²⁷⁷

2.2.1 Elementos objetivos de la responsabilidad por el mando.

En los elementos objetivos de la responsabilidad por el mando, se encuentran todos aquellos que hacen referencia a la inacción del superior sin tener en cuenta el aspecto interno del mismo, que son derivados a raíz del actuar delictivo de los subordinados²⁷⁸ al poner en

²⁷⁶ Decisión de confirmación de cargos en el Caso Bemba, Párr. 407 Citado Por: Ibíd. 785

²⁷⁷ *Estos aportes fueron mencionados con inmediatez y precisión en el capítulo primero del presente escrito, Tribunal Penal Militar de Nuremberg, Tokio o la guerra de Vietnam aportan de forma precisa la elaboración del concepto de la responsabilidad por el mando, como fue estudiado en su examen correspondiente.

²⁷⁸ **Algunos autores deciden incluir dentro de los elementos objetivos la comisión del crimen por parte del subordinado, pero no cualquier acto configuraría la responsabilidad por el mando, solo aquellos sobre los cuales

marcha cualquiera de los delitos tipificados como crímenes en el ER, y que en su lectura conjunta con los restantes requisitos configuraría la responsabilidad por el mando en militares o civiles como máximos responsables.

2.2.1.1 Status del superior o relacion superior- subordinado.

El ER se refiere a las relaciones entre superior y subordinado dentro del artículo 28, el status del superior puede ser dado de *Jure* o de *Facto*, el superior militar de *jure* son los sujetos que han sido designados formalmente o ajustados a la ley para ejercer sus funciones militares, en cambio los superiores de *facto* son aquellos que a pesar de no tener nombramiento ajustado a la ley que les de la categoría de superiores, si ostentan el control efectivo sobre sujetos que se encuentren por debajo de este en la cadena de mando.²⁷⁹

Por lo general este aspecto demarca una diferenciación entre los superiores militares y civiles puesto que la regla general dentro de un estado ajustado a derecho es el nombramiento de sus militares conforme a la ley, mientras que cualquier grupo subversivo podrá tener un superior que lo determinará como tal gracias a la autoridad que tenga dentro del grupo.²⁸⁰

En cuanto a la cercanía del superior y el subordinado responsable por el delito competencia de la corte, se ha planteado que no existe necesidad alguna que indique que la relación entre estos deba ser inmediatamente siguiente, por el contrario, puede existir una cadena de mando

sean realizados por autores; para que se pueda producir la responsabilidad del superior en la falta de prevención y cuidado sobre sus tropas. ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P. 332 ver tambien; OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. 787

²⁷⁹ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P. 334

²⁸⁰ *Ibíd.*

extensa y encontrarse el superior en la cúspide de esa misma y aun así ser responsable penalmente por la omisión realizada.²⁸¹

Por lo tanto, deberá existir relación entre el subordinado y su actuar con la posición de cuidado que tenga el superior para poder configurar la responsabilidad por el mando, esto como elemento objetivo de la mencionada.

2.2.1.2 “Mando y control” y “autoridad y control efectivo”.

Este es otro punto diferenciador entre los superiores militares y civiles; La designación de mando y control se encasilla para militares de *jure* que por tener efectivamente el mando le otorga la calidad de superior jerárquico, mientras que cuando se habla de quien haga sus veces como superior de *facto* o civil se hace uso del término autoridad.²⁸²

El mando²⁸³ es una expresión literal que contiene autoridad y poder en su definición, por su parte la autoridad²⁸⁴ incluye dentro de su definición el concepto de mando, esto justifica la concurrencia del control como elemento común a ambas figuras utilizadas para hacer mención a los superiores militares de *jure*, de *facto* y civiles, de esta manera ambas son

²⁸¹ NERLICH, Volker and SILVA SANTAULARIA, Natalia. La responsabilidad del superior a la luz del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por qué exactamente es el superior responsable Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2016.P. 19

²⁸² GARROCHO SALCEDO, Ana María and GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. La responsabilidad del superior por omisión en derecho penal internacional. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016. P. 149. Ver también: ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.335

²⁸³*mando:De *mandar*. 1. m. Autoridad y poder que tiene el superior sobre sus subditos. 2. m. Persona o colectivo que tiene el mando. RAE. Real Academia Española.op.cit

²⁸⁴ ** Del lat. *auctoritas*, -*ātis*. 1. f. Poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho. RAE.Ibíd.

expresiones que no repercuten en el grado de control que sea exigido pues es un común denominador, en los superiores militares o civiles.²⁸⁵

Empero, tratándose del termino referido a la autoridad, este permite que sea poseído incluso por un subordinado que en determinada circunstancia posee la autoridad y control exigidos en un superior²⁸⁶, es decir facilita que la posición de superior de facto o civil sea tomada por un sujeto que previamente no reunía los requisitos exigidos pero que en presencia de circunstancias especiales lo tuvo; no obstante los términos diferenciadores entre mando y autoridad solo servirán a modo de formalidad aparentemente, pues solo se refieren a nombres distintos que en su contenido son estructuralmente iguales.²⁸⁷

Es necesario hacer alusión al control efectivo como figura angular de la responsabilidad del superior; es la “manifestación de la existencia de una relación superior- subordinado en el marco de una relacion jerárquica por cadena de mando.”²⁸⁸ Esta manifestación del control efectivo varia dependiendo del momento de *iter- criminis* en el cual se encuentre el subordinado que comete el delito, pues el control reúne la capacidad para prevenir, reprimir o oponer en conocimiento el asunto a las autoridades competentes las acciones de los subordinados, todo esto a través de las pruebas presentadas, pero no se puede inferir o suponer por la posición del superior.²⁸⁹

²⁸⁵ *** para ODRIOSOLA-GURRUTXAGA, Miren la expresion mando denota un nivel de dirección más fuerte que la autoridad, pero que de igual manera va encaminada a ejercer control al igual que el mando; ODRIOSOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.335. 335-336

²⁸⁶ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 383-384. Ver también: AMBOS, Kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. 1999. P. 421

²⁸⁷ OLÁSULO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI .op. cit. P. 795-796

²⁸⁸ *Ibíd.* P. 797

²⁸⁹ AMBOS KAI. Temas de DPI. op. cit. P.182-187

La jurisprudencia de la CPI a implementado factores que permitirían indicar la existencia de un control efectivo, las cuales son:

1. La posición del superior,
2. el poder dictar o infirmar ordenes,
3. asegurar el cumplimiento de sus ordenes,
4. la posición que tiene dentro de la estructura de mando,
5. la capacidad de orden que tiene en sus fuerzas inferiores a el,
6. capacidad para hacer cambios estructurales,
7. el poder imponer sanciones,
8. poder enviar unidades armadas y retirarlas cuando lo considere.²⁹⁰

Así las cosas, el control efectivo será el elemento determinador para lograr establecer una verdadera responsabilidad por el mando, teniendo presente que la distinción de mando y autoridad atiende a distinciones formales pero que en la practica refieren un mismo sentido en cuanto a la autoridad que tenga el superior.

²⁹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*. *Párrr..415*. Citado por: OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI . op. cit. P. 799.

2.2.1.3 Causalidad entre la omisión del superior y la comisión de los delitos por parte de los subordinados.

Este es un elemento objetivo que se centra en lograr conjugar la omisión de los deberes del superior con los delitos cometidos por lo subordinados a través de la casualidad, la casualidad se hará presente en el deber exigido de evitar, dado que en los deberes de reprimir y poner en conocimiento el delito a la autoridad competente se ponen en marcha una vez ya consumados los delitos, por lo tanto, el nexo de causalidad no tendría aplicación.²⁹¹

El nexo de causalidad se presenta como un “incremento del riesgo” en el que el superior debido a su omisión en evitar la puesta en marcha de los crímenes, faculta la comisión de los mismos, toda vez que de haber intervenido con las medidas necesarias y razonables, los delitos no se hubiesen cometido.²⁹² Algunos autores como Kai Ambos²⁹³ toman postura en referencia al nexo de causalidad exigido y esgriman que no es necesario la relacion directa de casualidad, basta la elevación del riesgo producida por esa omisión, para que pueda existir casualidad entre la omisión de cuidado del superior y la comisión de los crímenes por parte de los subordinados.

A pesar de no tener aplicación el nexo de causalidad en los deberes de represión e información a las autoridades competentes, es factible hacer uso de ellos con conexidad en un escenario *ex post facto* toda vez que la tolerancia de los mismos puede generar un panorama de permisibilidad a futuro en la comisión de los delitos por parte de los subordinados, cooperando incluso de forma dolosa el superior por tolerarlos²⁹⁴

²⁹¹ Ibíd. P. 808.

²⁹² Ibíd. P.810

²⁹³ AMBOS KAI. Temas de DPI. op. cit. P. 188-189

²⁹⁴ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P 336-338.

Otro esenario en el que se puede visualizar la exigencia de un nexo causal es el referido a la responsabilidad del superior civil pues esta se circunscribe a que los delitos cometidos guarden concordancia con las actividades ejercidas bajo su cargo,²⁹⁵ esto quiere decir que debe haber una conexidad entre el delito cometido por el subordinado y las actuaciones desarrolladas por el superior a cargo será responsable el superior civil; este requisito no lo encontramos para los mandos militares ya que su responsabilidad no solo se genera en base a las actividades desarrolladas si no que por el contrario va más allá de estas.²⁹⁶ Es decir, es una responsabilidad mucho mas amplia si se compara con la responsabilidad de los superiores civiles.

Por lo tanto, el nexo de causalidad será exigido solo en cuanto al deber de evitar la comisión de los delitos por parte de los subordinados, y de manera preventiva en cuanto a la evitación de futuros delitos, pero no tendrá plena aplicabilidad para reprimir y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes cuando los delitos ya hayan sido consumados en el momento inmediatamente anterior en que debía surgir la obligación y deber de cuidado por parte del superior jerárquico.

2.2.1.4 Medidas necesarias y razonables.

El artículo 28 conjuga en los literales a) ii) y b) iii) los términos referentes a la necesidad y razonabilidad, que son requisitos necesarios para para que el superior militar o civil tome las medidas coercitivas provenientes a evitar, reprimir o poner en conocimiento el asunto a las autoridades competentes.²⁹⁷

²⁹⁵ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 393.

²⁹⁶ AMBOS KAI. El Estatuto de Roma en la CPI. op. cit. P. 423.

²⁹⁷ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 396

La obligación del superior es optar por todas las medidas que se encuentren materialmente a su alcance, el superior no está obligado a lo imposible, esto no quiere decir que se deba limitar a la competencia jurídico-formal para observar los límites de su actuación,²⁹⁸ por el contrario, cualquier medida que sea necesaria y razonable para evitar, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para imponer castigo será adecuado así no se encuentre dentro de sus competencias formales.

La necesidad de cualquier actuación para evitar la consumación de un crimen debe ser planteada en el plano objetivo *ex ante*, esto para lograr demostrar que el superior efectivamente planteó con anterioridad las medidas requeridas para evitar la consumación de algún delito; por su parte la razonabilidad hace referencia a la concordancia de las medidas con el cargo que ostente el superior.²⁹⁹ Es decir, se encuentre en la facultad para poder reprimir el acto criminal y no incurrir en una omisión en su actuar.

Lo explicado se traduce en la competencia legal y la posibilidad material³⁰⁰ diferenciando entre las posibilidades legales que se encuentran al desempeñar su cargo de *jure* y a las actuaciones prácticas en las que se encuentre capacitado para actuar sobre todo cuando se trata de un superior de *facto* o en su defecto de superiores civiles, esto no quiere decir, aunque no se encuentre bajo sus responsabilidades directas sean eximidas por no evitar el acto.

por lo tanto, entre las menciones a la necesidad y razonabilidad de las medidas no existe una diferencia sustancial, el aspecto relevante es la competencia legal o material que se tenga

²⁹⁸ OLÁSULO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 803

²⁹⁹ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 399. Ver También: GARROCHO SALCEDO, y GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit. P. 172. *explica que cualquier adopción de medidas detener una valoración objetiva *ex ante*, sin embargo, también plantea que una futura valoración *ex post* por motivos de política criminal que puede ser abarcada para evitar la concurrencia de un delito futuro.

³⁰⁰ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit. P.429

para adoptarlas,³⁰¹ haciendo hincapié en que la orbita por la que se deben desenvolver esas categorías de superiores no se debe limitar a sus capacidades legales si no que deben ser todas aquellas medidas necesarias que se encuentren materialmente a su alcance.

2.2.1.5 “Impedir”, “reprimir” y “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes”

Impedir, reprimir y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes como medidas razonables y necesarias, pueden agrupar en dos grandes grupos, el primero de ellos medidas preventivas y el segundo de ellos las medidas represivas que variaran en su aplicación dependiendo del momento temporal en el que se encuentre la comisión del delito.³⁰²

Las medidas de prevención de los crímenes hacen referencia al momento en que aún no se ha consumado el crimen por parte del subordinado, evitando así que se lleve a cabo el delito, estando encargado de mediar de forma idónea desde el momento en que se inicia la preparación del crimen hasta la ocasión previa a su consumación;³⁰³ por el contrario, si los crímenes ya han sido consumados no se optarán por medidas preventivas, aquí se hará uso de las llamadas medidas represivas que estarán encaminadas a castigar e investigar los crímenes realizados.³⁰⁴ No obstante, hay medidas que quedan por fuera de estas categorías,

³⁰¹ AMBOS KAI. El ER en la CPI. op. cit. P. 190

³⁰² AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit P.192-193

³⁰³ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.397. Ver Tambien: AMBOS KAI. op. cit. P.430

³⁰⁴ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit P. 430 * el *iter criminis* presenta múltiples oportunidades para intervenir antes, durante y posterior a su finalización, el deber de prevenir hace referencia a la planeación del crimen, es decir a la anterioridad de su consumación, el deber de reprimir hace alusión a la necesidad de evitar la prolongación de un crimen que ya ha iniciado su ejecución y el deber de castigar se enfoca en el momento posterior al que ya fue realizado el crimen.³⁰⁴ GARROCHO SALCEDO y GÓMEZ BENÍTEZ. op. cit. P 172

como lo es el reprimir dado que no se configura ni antes de la comisión de los delitos ni posterior a ellos, si no durante.

Dentro de las medidas de prevención se pueden ubicar el evitar la ejecución del delito. Cuando se hace alusión a evitar se tienen en cuenta también medidas congruentes para frustrar la comisión del delito por parte de los subordinados delito que aun no ha iniciado su ejecución³⁰⁵, estas medidas están referidas de la siguiente manera:

1. Asegurarse que las unidades subordinadas estén entrenadas conforme a los lineamientos del Derecho Internacional Humanitario (DIH),
2. Revisar el cumplimiento de las labores de los subordinados estén siendo acordes con el DIH,
3. Las ordenes dictadas por el superior deben ser acordes con el DIH,
4. Adoptar las medidas necesarias para frustrar la comisión de crímenes a manos de los subordinados.³⁰⁶

El deber de reprimir incluye dentro de este actuar dos deberes diferenciados, uno de ellos es ponerle fin a la ejecución de los delitos por parte de los subordinados, que se configura durante la realización de los delitos, y otro dirigido a castigar que nace con la consumación del delito siempre y cuando se encuentre bajo las competencias legales y/o materiales del superior.³⁰⁷ Es decir, será este ultimo una medida represiva.

³⁰⁵ OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P.781

³⁰⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso bamba, párr..438. Citado por: OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 806.

³⁰⁷ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.339

Por ultimo el Art. 28 hace mención a la necesidad de poner “*poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes*” al igual que el deber de castigar incluido en la represión, este deber pertenece al grupo de medidas represivas, siempre y cuando el superior no posea el poder sancionatorio necesario para castigar a los subordinados que han cometido el crimen de estudio;³⁰⁸ cuando el superior no cuente con las competencias legales ni materiales para hacer efectivo el castigo disciplinario al o los subordinados responsables por ser los autores materiales de los delitos que son objeto de juzgamiento y castigo.³⁰⁹

Para los superiores civiles la adopción de medidas dirijas al castigo o la remisión del asunto a las autoridades competentes para su judicialización, son de difícil aplicación puesto que por lo general se está en presencia de organizaciones armadas al margen de la ley donde las medidas disciplinarias no están delimitadas y mucho menos una estructura legal que sea competente cuando el superior no ostente la facultad para ejercer el castigo adecuado.³¹⁰ Lo cual referiría otra diferencia en el plano practico entre las estructuras jerárquicas militares de *jure* con las de *facto* y los superiores civiles.

La ejecución de uno u otro de los deberes mencionados dependerán como bien se explicó de los momentos por el cual esté pasando el *iter criminis*, no obstante el cumplimiento de uno de ellos no eximirá de responsabilidad al superior cuando se haya encontrado en la obligación de ejecutar otra medida necesaria y razonable para evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes cuando no se tenga la facultad para castigar,³¹¹ esto quiere decir que la presencia de uno no subsume de responsabilidad penal al superior cuando ha sido necesario optar también por otros deberes.

³⁰⁸ Ibíd. P.340

³⁰⁹ OLÁSULO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P.806

³¹⁰ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.339-340

³¹¹ Ibíd.

Los elementos objetivos de la responsabilidad se plantean por lo tanto como requisitos necesarios entre los distintos deberes de intervención que tenga el superior para evitar su omisión, instruyendo la manera en que debe ser analizada la figura y elevando una gran importancia a valor probatorio dentro del uso de esta. En la cual cada uno cumple una función determinante y clave para arrojar como resultado la comprobación material de la inacción que genera la responsabilidad penal del superior por el mando.

2.2.2 Elementos subjetivos de la responsabilidad por el mando.

El Estatuto de Roma regula en el artículo 30³¹² el concepto de la intencionalidad del autor al cometer el crimen conjugando la intención y el conocimiento con los elementos materiales del crimen³¹³, es decir la necesidad del Dolo.

La intencionalidad es un elemento subjetivo, exige que aparte de la concurrencia de los elementos objetivos se haga presencia igualmente de la intención y el conocimiento al cometer el delito;³¹⁴ refiriéndonos a la intención como el querer causar el resultado y al conocimiento como el deber saber que esa acción en específica desencadenará su efecto

³¹²* Art. 30: 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

³¹³ Ibáñez Guzmán, Augusto J. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. P.79

³¹⁴ AMBOS KAI. El ER en la CPI. op. cit. P. 295

lesivo ³¹⁵ catalogando estos dos términos como necesarios para hablar de la existencia del Dolo dentro de la acción criminal.

En consecuencia, el elemento subjetivo Dolo debe estar presente tanto en autores como en partícipes, sin embargo, la perspectiva es distinta cuando se trata de la responsabilidad por el mando, dado que dentro de la escritura del artículo 30 del ER se plantea la posibilidad de existencia de otras acepciones distintas al dolo, al incluir la frase “*salvo disposición en contrario.*” La cual es aplicada a manera de excepción dentro de la responsabilidad por el mando, por tratarse no de una acción si no de una omisión.³¹⁶

El Art. 28 diferencia entre máximos responsables militares y civiles, generando para cada uno de ellos ciertos requisitos propios de cada figura y así establecer los criterios de imputación adecuados. El objetivo principal para generar tal distinción entre superiores militares y civiles era plantear niveles diferentes de exigencia para ambos casos en el aspecto subjetivo del autor, diferencia sustancial que se exige para los superiores civiles, otorgándoles una exigencia positiva al exigir el elemento intencional.³¹⁷

Dada la distinción planteada entre superiores militares y civiles, es imprescindible relacionar los términos utilizados dentro de la redacción del Art. 28 con los distintos niveles subjetivos de exigencia como lo son “*Hubiere sabido*” o, “*hubiere debido saber*” o “*deliberadamente hubiere hecho caso omiso.*”³¹⁸

³¹⁵ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op.. cit. P. 227.

³¹⁶ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op.cit P. 342

³¹⁷ GARROCHO SALCEDO, y GÓMEZ BENÍTEZ. op. cit. P. 155

³¹⁸ Artículo 28. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

2.2.2.1 “hubiere sabido” o “hubiere tenido conocimiento”.

Este es un punto común entre los superiores militares y los superiores civiles, pues ambos conceptos delimitan un conocimiento positivo y presentes de las acciones penales que serán o están siendo realizadas por sus subordinados.³¹⁹

El saber plantea tener conocimiento efectivo sobre los actos que sus subordinados sean militares o civiles estaban cometiendo o se proponían a cometer; el conocimiento hace parte de los elementos integrantes del dolo desarrollado en el *Art. 30* del ER, aparentemente haciendo falta la intención para poder hablar de dolo dentro de la responsabilidad por el mando cuando existiese un conocimiento positivo de los actos de los subordinados, sin embargo, esto no es así pues en la omisión, el conocimiento tiene como elemento integral la voluntad por lo tanto el elemento de la intencionalidad³²⁰ estaría cumplido y tendría plena aplicación la formula general referida en el *Art. 30* del ER.

Este aspecto del elemento subjetivo de la responsabilidad por el mando no presenta grandes diferencias en cuanto a la aplicación general del dolo, dado que como se logró analizar anteriormente los elementos de intención y conocimiento concurren en la omisión del superior, no obstante, la perspectiva es diferente para las siguientes formas.

³¹⁹ OLÁSOLO ALONSO, Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. 812. Ver también: ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P. 342

³²⁰ GARROCHO SALCEDO y GÓMEZ BENÍTEZ. op. cit. P.176

2.2.2.2 “Hubiere debido saber.”

La expresión *hubiere debido saber* es utilizada al hablar de la responsabilidad de los superiores militares, concordando en que hace hincapié en cuanto al deber que tiene el superior de poseer información que le permita inferir que sus subordinados estaban cometiendo crímenes de carácter internacional.³²¹

De igual forma, existe unanimidad en dejar de lado la expresión “*hubiere debido saber*” como un estándar objetivo de responsabilidad,³²² porque hace alusión a la imprudencia del superior al no poseer la información sobre la conducta delictiva de sus subordinados, la cual hubiese poseído de ser probado el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control.³²³

La mención “*hubiere debido saber*” connota un elemento integral de la imprudencia, para un sector de la doctrina, esta imprudencia es inconsciente puesto que el superior militar debe tomar toda la información en su poder como relevante sin discriminar entre ella;³²⁴ por lo tanto autores como Werle³²⁵ han categorizado esta imprudencia como grave, como la falta de prevención suprema en la que un observador (superior jerárquico común) no hubiese incurrido.

Así las cosas, cuando nos centramos en las acciones (evitar, reprimir o poner en conocimiento), esperadas por parte de un superior militar en presencia de un actuar criminal

³²¹ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit. P. 205

³²² BING JIA. Citado por: OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 813.

³²³ ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren. op. cit. P 344-345

³²⁴ AMBOS KAI. Citado por: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.343

³²⁵ WERLE GERHARD *et al.* op.cit, P.395

de sus subordinados y este, contrario a su obligación legal de actuar la omite, no sería dolosa su omisión si no imprudente, una imprudencia grave³²⁶.

2.2.2.3 “deliberadamente hubiere hecho caso omiso.”

Este punto es la diferencia crucial entre superiores militares y civiles pues se exige un elemento subjetivo distinto para los civiles y es la presencia del termino “*deliberadamente*”³²⁷ hace necesario la intencionalidad del superior civil por omitir la información suministrada y así lograr evitar la comisión de un crimen internacional.

El superior civil ignora la información con la que cuenta para saber que sus subordinados procederan o estan cometiendo actos delictivos, el superior civil no desea ahondar para tener mayor conocimiento sobre los posibles hechos que le harian confirmar la sospecha fundada de la comisión de los delitos, Ambos la cataoga como *recklessness* (*imprudencia*) y la define como la “ consciente desatención de un riesgo”³²⁸ y exigiendo la presencia de 3 esenarios concurrentes:

1. Que la informacion sea indicativa de un riesgo, en este caso, que lo subordinados iban a cometer o estaban ejecutando crímenes internacionales,
2. Que esa información se encontraba disponible para conocimineto del superior,
3. Que el superior optara por no tomar la informacion que indicase la comision de los delitos.³²⁹

³²⁶ Ibíd. Ver también: AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit. P.292

³²⁷ * Del part. de *deliberar* 1.1. adj. Voluntario, intencionado, hecho a propósito. RAE. Real Academia Española; [Consultado el Julio 14,2018]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=C7CI511>

³²⁸ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit. P 208.

³²⁹ Ibíd. P.209

Así las cosas, parece un poco fuera de contexto abarcar junto con la imprudencia el aspecto subjetivo de la intencionalidad por parte del superior civil, algunos autores como William A Schabas ³³⁰ opinan que esta afirmación no atiende a la lógica, por lo tanto no es coherente conjugar dos aspectos subjetivos netamente diferentes e incompatibles; otorgándole incluso cierto aspecto doloso³³¹ a la omisión por el superior civil.

Por lo tanto, será mucho mas laxo el elemento subjetivo exigido para los superiores civiles, pues no hace uso de un deber amplio de conocimiento como le es exigido a los superiores militares, si no que por el contrario se basa en la informacion con que cuente a su disposición.

Descrito lo anterior, los elementos subjetivos de la responsabilidad por el mando tendrán distintos matices que parten desde el dolo, la imprudencia grave hasta la terminología de *recklessness* entendida como una ceguera intencional³³² en el caso de los superiores civiles, demarcando la diferencia en la aplicación de cada uno de ellos cuando se trato de superiores militares y civiles, esto en razón de “la naturaleza y tipo de responsabilidad atribuida a cada una de las dos categorías de superiores.”³³³

2.2.2.4 La exigencia del dolo especial en el superior por el mando.

En cuanto al aspecto del dolo especial, en la responsabilidad del superior no es necesario que el este comparta el dolo especial exigido en algunos delitos cuando son cometidos por los

³³⁰ Schabas William A, Citado Por: AMBOS KAI. El ER en la CPI. op. cit. P. 294

³³¹ GARROCHO SALCEDO y GÓMEZ BENÍTEZ. op. cit. P.155

³³² ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P. 346

³³³ OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 813

autores materiales, basta con que tenga a su alcance el conocimiento sobre el móvil que motiva la comisión de los delitos por parte de los subordinados³³⁴.

Se estima que este aparte, varía en cuanto al momento de acción que tenga el acusado como responsable por el mando, sea como la obligación de evitar, reprimir o poner en conocimiento el hecho punible a las autoridades competentes, dado que si se opta por categorizar la omisión bajo la categoría de comisión por omisión se haría necesario compartir directamente este dolo especial, por lo tanto será necesario analizar el caso en concreto para lograr determinar la compatibilidad o conocimiento del mismo por parte del superior militar o civil.

2.2.3 Alcance del artículo 30 del Estatuto de Roma. ¿problemas en la aplicación de un marco menor al dolo?

Como ya se refirió, el artículo 30 del ER establece un nivel de exigencia en cuanto a la aplicación del dolo, y así parece ser entendido igualmente por la jurisprudencia de la CPI, quien en repetidas ocasiones ha evocado que el espectro de aplicación del dolo, cobija al dolo directo en primer grado, dolo directo en segundo grado y eventualmente varía la jurisprudencia en admitir el uso del dolo eventual;³³⁵ por lo que aparentemente no tendría aplicación estándares menores al dolo como lo son la imprudencia argüido anteriormente.

Para poder resolver esta incógnita es necesario referirse nuevamente al nexo de causalidad exigido en el deber de evitar, pero no presente en los deberes de reprimir e informar a las autoridades competentes, dado que al no ser de exigencia en estos dos últimos, facilita a que el dolo exigido para los autores no se haga extensivo en los superiores responsables por el

³³⁴ Ibid. P. 822. Ver también: ODRIÓZOLA-GURRUTXAGA, Miren op. cit P.348

³³⁵ Ibid. 146-148

mando, y se podría hacer uso de la imprudencia como título de imputación siempre que se de pleno uso de la salvedad escrita en el mismo estatuto “*Salvo disposición en contrario*”³³⁶ es decir, solo se podría hacer uso de esta salvedad en los delitos de omisión propia, al faltar a su deber de vigilancia y control, mas no a los delitos de omisión impropia³³⁷ o llamados comisión por omisión donde se hace responsable al superior por los delitos de los subordinados.

Hasta aquí estaría claro el espectro de aplicación de la regla general del dolo aplicado a los delitos donde estén presentes el nexo de causalidad y la excepción en el uso del mismo en los delitos en los que no se haga forzoso el uso del nexo de causalidad.

Así las cosas, los puntos cardinales integrales de los elementos subjetivos variarán dependiendo de la calidad de autor que se tenga, sea militar o civil y serán para los militares mucho mas exigentes en cuanto al ámbito de aplicación de sus responsabilidades de vigilancia y control.

³³⁶ Artículo 30 ER. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

³³⁷ OLÁSULO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P. 815.

3. EL CONCEPTO DE DELEGACIÓN Y CONTROL EFECTIVO SOBRE LAS PERSONAS TENIDAS A SU CARGO, SI ESTOS COMENTEN CRÍMENES ESTUDIADOS POR LA CPI.

Cuando se hace alusión al concepto de delegar³³⁸ se hace mención a la facultad que tiene el superior para transferir ciertas obligaciones que radican bajo su mando a otro sujeto de igual o inferior jerarquía.

El Art. 28 como se ha planteado anteriormente desarrolla el deber de supervisión que ostenta el superior jerárquico por tener específicamente esa calidad, sin embargo, aunque se haga una delegación de este deber, no se exime de responsabilidad el sujeto que delegó y esto debido a que debe existir una selección adecuada al momento de elegir al sujeto al cual se delega, un seguimiento instructivo para que desarrolle el deber de supervisión en concordancia con los instrumentos objeto de supervisión y por ultimo un efectivo control permanente³³⁹ esto quiere decir que aunque se delegue tal facultad, jamás dejará de ser responsable el superior dado que no se desliga del deber de supervisión constante que tiene al transferir las facultades de su cargo.

Dicho esto, es el superior jerárquico militar o civil quien siempre será el máximo responsable por acción u omisión desprendida por el o por subordinados a cargo, y ello es así dado que el Estatuto de Roma engloba en Art. 25 y Art. 28 cualquier acto positivo generado por el hombre de atrás o cualquier situación pasiva omitida por este para que en caso tal el primero no logre demostrarse no se quede sin vinculación penal el sujeto que ordena u omite la represión de actos criminales.

³³⁸ delegar. 1. Dicho de una persona, ‘autorizar [a otra] para que haga algo en su lugar’. Lleva un complemento de finalidad con *para* y el complemento de persona es directo: «*Solicitó a Maruja que me delegase para cubrir dicha fuente, como corresponsal de paz literaria*» (Delgado Sub-América [Ven. 1992])

³³⁹ AMBOS KAI. El ER en la CPI. op. cit. P. 425

Por consiguiente, la delegación no eximirá de responsabilidad penal al superior que haya actuado como autor o sea responsable por su mando puesto que ineludiblemente seguirá conservando bajo su responsabilidad la debida observancia de las actuaciones en las que se desenvuelvan sus subordinados.

Cada uno de los ítems abordados se refieren a la forma en que la Corte ha decidido plasmar las diferentes maneras en las que se puede imputar un delito o un deber de cuidado a los máximos responsables; Es decir, el Estatuto de Roma estableció criterios de imputación para lograr vincular a los sujetos que jerárquicamente estuviesen en una escala de mando superior y que por tal motivo imposibilitaba su vinculación ante la responsabilidad penal por los crímenes que se hayan cometido, sin embargo, es claro en establecer que ningún vínculo político, militar o de facto otorgará una primicia especial de protección para estos, todo lo contrario, desarrolla el concepto del superior jerárquico arraigado a la teoría del dominio del hecho para así lograr explicar la imputación a aquellos sujetos que aunque no se encuentren en la comisión material del hecho son los máximos responsables por ostentar la facultad de frustrar o llevar a la consumación de un crimen internacional.

Igualmente, se designan patrones de acción para los distintos momentos por los que se surte el *iter criminis* y de esta manera asegurar el cumplimiento de observación por parte del superior cuando alguno de sus subordinados se encuentre cometiendo un delito, sin que esto surta como eximente al no tener una actuación directa por parte del superior, asegurando de esta manera la efectiva responsabilidad penal para todos aquellos que participen por pasiva o activa en la comisión de los distintos crímenes internacionales.

Así las cosas, serán las figuras de la autoría directa, autoría mediata, coautoría, coautoría mediata y responsabilidad por el mando aplicado de manera subsidiaria, las que desarrollarán completamente los títulos de imputación penal para hacer responsables a los máximos responsables.

CAPITULO III. “RESPONSABILIDAD POR EL MANDO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.”

Una vez analizado las distintas formas de imputación en que se presenta la caracterización de los máximos responsables dentro del acápite previo a los elementos de la responsabilidad por el mando, se precisa que; en figuras de autoría como la autoría material- directa, lo definitivo es la comisión del delito de manera directa por parte del sujeto activo cuando la descripción objetiva de la acción es realizada por el sujeto y, en el que los elementos subjetivos también se encuentran presentes,³⁴⁰ destaca que la autoría mediata usada a través de las estructuras organizadas de poder designan el cumplimiento de una orden bajo el automatismo en el acatamiento de las mismas y la fungibilidad de los sujetos que materialmente cometen el delito en cumplimiento de la orden del hombre de atrás quien es el autor mediato como máximo responsable.³⁴¹ De otra parte, la coautoría es fundamentada en el dominio funcional del hecho como el aspecto relevante para catalogar al imputado coautor, siempre y cuando converja dentro de el la decisión de frustrar la comisión del delito al negarse a realizar su aporte sustancial y el plan o acuerdo común a realizar el delito.³⁴² Precisiones que son de destacar para lograr determinar la funcionalidad de estos títulos de imputación con la responsabilidad por el mando y su ámbito teórico- práctico de aplicación.

Del concepto de responsabilidad por el mando se ultima por su parte, que es una figura de imputación sui generis por medio de la cual se permite el juzgamiento de los máximos responsables militares y civiles cuando estos no han sido posibles acusarlos con la ayuda de las figuras tradicionales de participación siempre y cuando logran concurrir los elementos objetivos y subjetivos para la imputación penal bajo este titulo de responsabilidad.³⁴³

³⁴⁰ OLÁSOLO ALONSO, Introducción al Derecho Penal. op. cit. P.117-118.

³⁴¹ *Ibíd.* 119-134.

³⁴² OLÁSOLO ALONSO. Tratado de autoría y participación en el DPI. op. cit. P.506-544

³⁴³ NERLICH VOLKER. op. cit. P. 16-36

Si bien, fueron examinadas las figuras convencionales de participación, es menester resaltar que la CPI mediante los constantes desarrollos jurisprudenciales ha producido el nacimiento de títulos de imputación independientes a los usados convencionalmente, como lo fue la coautoría mediata, y ha dotado de dogmática penal la naciente responsabilidad por el mando dentro del ER.³⁴⁴ Situación que permite captar con mayor profundidad los aspectos objetivos y subjetivos utilizados por la corte al momento de emitir su jurisprudencia, como será observado dentro del presente acápite.

Es así, como la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional permite vislumbrar la manera en que se puede desarrollar los criterios de imputación de los máximos responsables ya sea en uso de las figuras tradicionales de autoría o por medio de la aplicación de la responsabilidad por el mando del mismo modo, haciendo alusión sobre las falencias en la aplicación y diferenciación del concepto de autoría y responsabilidad por el mando.³⁴⁵

La jurisprudencia de la CPI ha hecho uso pleno de las normas jurídicas que hacen referencia al procedimiento penal y las normas de imputación penal, por consiguiente, es preciso desplegar el estudio sobre estos aspectos jurisprudenciales para analizar los elementos que han sido considerados por la Corte para determinar los elementos objetivos y subjetivos de cada figura de imputación en los máximos responsables a través de sus sentencias más emblemáticas como lo son las referentes al caso Thomas Lubanga Dylo, el caso Jean Pierre

³⁴⁴ OLÁSOLO ALONSO, Introducción al Derecho Penal. op. cit. P. 154-160

³⁴⁵ CORTÉS SÁNCHEZ, Edwin Mauricio; FORER, Andreas and BERNAL ACEVEDO, Gloria Lucía. Decisiones judiciales : Lubanga (E.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios. Cooperación Alemana; Giz; Defensoría del Pueblo; Profis, 2012. P. 33-35. También en: GUZMÁN DÍAZ, Carlós Andrés. Acusación privada y sistema acusatorio : comentarios a la Ley 1826 de 2017. Ediciones Nueva Jurídica, 2018. P. 431

Bemba Gombo y su mas reciente pronunciamiento sobre el caso Bosco Ntaganda, dentro de los cuales logrará visualizarse la diferencia entre unos y otros títulos de imputación penal y la manera que la Corte diferencia los conceptos para llegar a un fin común que es catalogar como máximos responsables a los sujetos activos de la comisión de delitos que atenten contra la dignidad y supervivencia de la humanidad.

1. APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL COMO MÁXIMO RESPONSABLES EN EL CASO THOMAS LUBANGA.

Para plantear el entendimiento procesal realizado por la corte dentro del proceso Penal de Thomas Lubanga como máximo responsable penal, es preciso reseñar quien era Lubanga Dylo y que papel desempeñaba para ser catalogado como máximo responsable. Thomas Lubanga Dylo fue fundador de la Unión Patriótica Congoleña (UPC) y de su la armada las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) quienes ejercieron el control territorial en el territorio de Ituri, distrito perteneciente a la Republica Democrática del Congo, haciendo parte activa del conflicto armado interno por el cual atravesaba la nación y ejercer de este modo el dominio territorial.³⁴⁶

La situación ocurrida en la República Democrática del Congo no fue ajena a los miramientos de Cortes Internacionales, pues era de observar dada la gran posibilidad de impunidad al no efectuar un juicio imparcial a los máximos responsables de las hostilidades producto del conflicto armado interno ocurrido, y en aras de evitar tal situación de impunidad se activa la competencia residual de la Corte, al estar también en presencia de la comisión de crímenes

³⁴⁶ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803; Situation en RépubliqueDémocratique du Congo affaire le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Jan.29,French. [Consultado el Mar, 29,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_01338.PDF

de guerra por realizar el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años para ser parte activa de la comisión de los delitos.³⁴⁷

1.1 HECHOS IMPUTADOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

1.1.1 Contexto social.

Thomas Lubanga Dylo, como se mencionó fue fundador de La UPC y de su ala militar la FPLC en el año 2000 asumiendo la presidencia de la misma y tomando el control territorial de Ituri en septiembre de 2002.³⁴⁸

Como consecuencia del conflicto armado interno surgido en la Republica democrática del Congo (RDC) se hicieron partícipes del conflicto la UPC y la FPLC haciendo presencia activa en las hostilidades durante el periodo de septiembre de 2002 a 13 de agosto de 2003 confrontándose a los distintos ejércitos populares creados en la RDC.³⁴⁹

Dentro de los sucesos que hacían parte de las hostilidades acaecidas en el periodo mencionado se vislumbró el reclutamiento generalizado de jóvenes, entre estos niños menores de 15 años de manera forzada y voluntaria por parte de la UPC y su grupo armado FPLC, consecuencia de esta acción fue la participación de menores de 15 años como militares

³⁴⁷ GUZMÁN DÍAZ. op.cit. P. 431**Inicialmente, se consideró fundamental y directa la intervención del estado de Ruanda y Uganda dentro del conflicto armado suscitado en la Republica democrática del Congo, sin embargo la Sala determina que no puede describirse como una intervención directa y que por lo tanto contrario a la opinión de la SCPI, el conflicto armado era de carácter interno.

³⁴⁸ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. La reprise du proces dans l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo est reportee. En: AllAfrica.COM. Washington. Oct 2. P.1.

³⁴⁹ Ibid. P. 2

armados en servicio de la Unión de Patriotas Congoleños y las Fuerzas Armadas para la Liberación del Congo.³⁵⁰

Miles de civiles murieron como consecuencia del conflicto armado interno por el dominio territorial en la RDC iniciado desde 1990, asesinatos masivos, ejecuciones conjuntas, violaciones, tortura, desplazamiento forzado y uso ilegal de menores como soldados en sus tropas fueron los delitos que surgieron como resultado del enfrentamiento territorial entre los grupos armados congoleños, crímenes dentro de los cuales se responsabilizaba de forma directa a Thomas Lubanga por fungir como fundador de la UPC y de la dirección de la FPLC³⁵¹

Esta situación alertó a la comunidad internacional ya que por tratarse de la responsabilidad penal de un alto mando militar merecía una justicia imparcial y verdadera, lo que conllevó a remitir por parte del presidente de la República Democrática del Congo la situación para su estudio y juzgamiento en la Corte Penal Internacional. La CPI a partir del 1 de julio de 2002 espectro temporal dentro del cual la Corte ya ejercía competencia por los sucesos cometidos en el territorio congolés, abriendo por lo tanto una investigación formal por parte de la oficina del fiscal de la Corte y analizando de fondo los delitos ocurridos en ese espacio temporal dentro del cual ya la CPI tenía jurisdicción.³⁵²

En alusión a lo anterior se opta por iniciar el proceso penal internacional con la investigación de Thomas Lubanga Dylo como fundador y presidente de la UPC y FPLC, es menester por

³⁵⁰ Ibid. P. 2-3.

³⁵¹ BUREAU DU PROCUREUR. ICC-OTP-20040623-59;Le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale ouvre sa première enquête. Jun, 23,. [Consultado en Octubre, 25,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation>

³⁵² Ibid.

lo tanto examinar los aspectos sociales y jurídicos de los crímenes cometidos, del delito investigado por la Corte en el caso Lubanga y los elementos objetivos y subjetivos que hacen parte integral de la imputación por la cual habrá optado la CPI para destacar finalmente los aspectos mas importantes que podrían coincidir o ser iguales a los destacados dentro de la responsabilidad por el mando y formar un criterio unánime de responsabilidad penal dentro de los máximos responsables.

1.1.2 De la autoría en el delito de reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años como partícipes de los conflictos armados.

Thomas Lubanga fue acusado por la comisión del crimen de guerra concretamente por el delito de reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años como partícipes den conflicto armado. Para la realización del delito como crimen de guerra fue necesario establecer si se cumplía con los requisitos objetivos y subjetivos que según el Art. 8) b) xxvi) del Estatuto de Roma, los cuales eran reclutar o enlistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;³⁵³ efectivamente los sujetos utilizados como cuerpo armado de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo eran sujetos menores de 15 años, y destacar los elementos objetivos y subjetivos del titulo de imputación por el cual sería judicializado.³⁵⁴

La SPI considera que el delito estudiado reúne los siguientes elementos plausible dentro de la responsabilidad penal como máximo responsable en el caso Lubanga:

³⁵³NACIONES UNIDAS. Estatuto de Roma. op. cit.

³⁵⁴LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842; Situation en RépubliqueDémocratique du Congo affaire le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. . Mar, 14,. [Consultado el Abr, 15,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_08207.PDF P. 252- 260.

1. Lubanga Dylo fue responsable como fundador y presidente de la UPC del reclutamiento y alistamiento de una o más personas en su ala militar FPLC involucrándolos activamente en la comisión de las hostilidades,
2. Las personas que se reclutaron y enlistaron tenían menos de 15 años por lo tanto, eran los sujetos pasivos del delito descrito dentro el ER Art. 8) b),
3. El acusado, tenía pleno conocimiento de los aspectos subjetivos de los reclutados, dado que abiertamente proclamaba discursos en plaza pública para motivar la vinculación a las tropas de las FPLC donde estaban presente menores e incluso hacia uso de estos mismos bajo el servicio personal de guarda espaldas,³⁵⁵
4. El delito se produjo en el contexto de un conflicto armado interno,³⁵⁶ en medio del cual Lubanga era conocedor dada su posición directiva y militar dentro de la UPC, quien era parte activa del conflicto armado interno.³⁵⁷

Estos fueron los requisitos objetivos analizados por la corte, requisitos que son de particular pertenencia al crimen de reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años para participar en el conflicto armado, que en conjunto con el análisis del título de imputación por el cual se procesa, llevará finalmente a la penalización como sujeto activo del delito.

Por lo tanto, Thomas Lubanga Dylo a cargo de la UPC y FPLC involucró de manera activa a menores de 15 años en los enfrentamientos armados ocurridos en la RDC con el fin de obtener su dominio político y militar, convirtiéndolo en el responsable penal directo por la

³⁵⁵ Cour Pénale Internationale. op. cit. P.2

³⁵⁶ CORTES SANCHEZ, FORER y BERNAL ACEVEDO. op.cit. P.33

³⁵⁷ Ibíd. P. 34

comisión de este crimen de guerra, y catalogándolo como máximo responsable dentro del título de coautoría en cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos como se podrá observar seguidamente.

1.2 DE LA COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL CASO LUBANGA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.

Thomas Lubanga es procesado bajo la calidad de coautor del crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y participar activamente en las hostilidades; para otorgarle la calidad de coautor se logró demostrar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que son de requisito, la sala los abordó de la siguiente manera:

Su inicial referencia fue la invocada a los elementos objetivos dentro de los cuales concurren la existencia de un plan común y la contribución esencial por parte de los coautores.

1.2.1 Existencia de un plan común.

La sala encuentra los suficientes indicios para catalogar como plan o acuerdo común la promoción de actos bélicos dentro de la UPC Y FPLC, acuerdo que fue iniciado desde septiembre de 2002 para formar el ejército y la unión patriótica y de esta manera obtener el control político y militar del territorio Congolés en la región de Ituri.³⁵⁸

³⁵⁸ CORTES SANCHEZ, FORER y BERNAL ACEVEDO. op.cit. P. 34

Hasta este momento, no se percata de ningún elemento delictivo respecto al crimen imputado, ya que la constitución y dirección de un grupo político y su ala militar no conllevan la concreción necesaria de crímenes de guerra; sin embargo, en el curso ordinario de la ejecución del acuerdo común, se opta por reclutar y enlistar niños menores de 15 años para fungir como parte activa militar y participar del conflicto armado interno e incluso usándolos como guarda espaldas personales del imputado.³⁵⁹

Sobre el aspecto temporal en la planificación del acuerdo común no se hace necesaria el acuerdo expreso con anterioridad a la comisión del delito, plan sobre el cual puede inferirse por simple evidencia indirecta, sin que se haga forzosa una prueba directa sobre la existencia del mismo.³⁶⁰ Ello infiere que el acuerdo común puede resultar la coincidencia de acciones penales por parte de los sujetos activos (coautores) dentro de las cuales no haya existido un acuerdo previo.

En el mismo sentido, la sala menciona de manera puntual que dentro del acuerdo o plan común debe concurrir el elemento de criminalidad, es decir, la puesta en marcha del plan la cual corresponde a la creación de la UPC y la FPLC para obtener el dominio político de Ituri, que conllevara evidentemente la comisión de un delito para obtener este fin inicial, el cual no era delictivo directamente.³⁶¹ Por lo que bastará la existencia de un “riesgo suficiente” referido a la comisión de un crimen en el curso normal de los acontecimientos del acuerdo

³⁵⁹ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. op.cit. P. 485-527

³⁶⁰ THE APPEALS CHAMBER. ICC-01/04-01/06-3121; situation in the democratic republic of the congo in the case of the prosecutor v. thomas lubanga dyilo . Dec,01,. [Consultado el Ju, 15,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_09844.PDF2. También en: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.359

³⁶¹ Ibíd. También en: JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. La primera sentencia de la cpi: reflexiones sobre el caso 'Lubanga'. En: INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. P. 334-335.

inicial.³⁶² Sin embargo, existe crítica sobre esta posición de la Corte, ya que desvitaliza la existencia de un plan común que sea intrínsecamente criminal desde su planteamiento preliminar.³⁶³ Crítica que podría ser sustentada y no; ya que se estima que dentro del raciocinio de la corte se puede ampliar el abanico de posibilidades dentro de las cuales se considere coautor al hacer mas flexible el cumplimiento del requisito del plan común al simplemente tener un elemento de criminalidad, desde la otra óptica no será aprobada ya que regirse bajo parámetros estructurales tan rígidos podría inobservar casos en los cuales efectivamente exista responsabilidad penal del sujeto como máximo responsable, sin embargo ha de ser una posición que necesariamente deber ser mas abordada por la Corte de manera detallada y singular respecto a cada uno de los elementos integrales de la figura.

1.2.2 Contribución esencial.

Este requisito es uno de los aspectos importantes dentro de la calificación de la coautoría, dado que se debe hacer una lectura de forma negativa, entendiéndola como la manera en que se frustra el hecho penal si el sujeto activo no realiza su aporte al plan o acuerdo común; Lubanga contaba con los recursos financieros necesarios para poder hacer las incursiones delictivas dentro de las distintas áreas del territorio de la RDC, inspeccionaba de manera presencial los distintos centros de reclutamiento, alentaba por medio de sus discursos en plazas públicas la reclusión de los menores y usaba de propia mano a los sujetos pasivos como guarda espaldas a su servicio. Por ser el único sujeto que contaba con los recursos económicos y la capacidad de dirección para llevar a cabo el plan común, en caso de negarse a prestarlo, Lubanga frustraba la comisión del acuerdo y evitaba de esta manera la realización

³⁶² *Ibíd.* Ver también: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.358. * “Significa necesariamente que son conscientes prospectivamente del riesgo de que ocurra la consecuencia.” ** “La comisión del delito no tiene porque ser el objetivo primordial de los coautores”.

³⁶³ AMBOS, Kai. El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. InDret, 2012. P.27.

de los delitos consecuentes de la puesta en marcha del acuerdo.³⁶⁴ Es decir su contribución era necesaria y esencial para llevar a cabo el plan común.

La contribución esencial permite que dentro del plano material de la ejecución no se ha presente el coautor, ya que puede aportar intelectualmente, monetariamente o cualquier otra manera que no requiera la presencia personal del sujeto que con su aporte logra tener dominio funcional del hecho.³⁶⁵ Este es el aspecto crucial desarrollado por Roxin, acerca del cual el plan común únicamente podrá ser realizado en la manera en que todas las contribuciones o aportes de los coautores sean realizados, toda vez que de manera independiente e individual puede frustrar la comisión del delito;³⁶⁶ ejerciendo un control conjunto.³⁶⁷

Es por lo tanto como se infiere que la teoría del dominio funcional del hecho lo que permite catalogar como esencial el aporte realizado por el coautor, aporte que determina la calidad como máximo responsable y que diferencia de manera pragmática otras formas de participación penal dentro de las cuales no se logró establecer una contribución esencial si no sustancial.³⁶⁸

³⁶⁴ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. P. 532-596 *al respecto también lo califican como dominio funcional del hecho para describir el fenómeno de la coautoría aunque la corte decida explicarlo de la siguiente forma: ninguno de los participantes tiene el control conjunto sobre la comisión del delito, sin embargo cada uno de ellos comparte el control total del hecho.

³⁶⁵ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.359

³⁶⁶ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. P. 309. Citado por: JIMÉNEZ MARTÍNEZ. op.cit. 332. LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. P. 470. *una contribución "sustancial" no es suficiente. La contribución debería ser una condición sine qua non del delito, que debe evaluarse a la luz de los hechos tal como ocurrieron y no a la luz del "papel" asignado al delito.

³⁶⁷ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. P. 470.

³⁶⁸ *Ibíd.* *una contribución "sustancial" no es suficiente. La contribución debería ser una condición sine qua non del delito, que debe evaluarse a la luz de los hechos tal como ocurrieron y no a la luz del "papel" asignado al delito

Será entonces la contribución esencial la que como requisito negativo puede frutar la comisión del hecho delictivo y la que dotará de dominio funcional la responsabilidad del sujeto como coautor y máximo responsable.

El análisis de la Corte no se detiene en su estudio sobre los elementos objetivos de la coautoría como título de imputación penal, desde la perspectiva subjetiva los requisitos esenciales también fueron analizados por la SPI acogiéndolo en dos grupos:

1.2.3 Intención y conocimiento.

La intención y conocimiento son las exigencias generales del Art. 30 que realiza el Estatuto de Roma para cualquier crimen de su competencia, la Corte ha designado que aunque dentro de la comisión misma del acuerdo común no se hiciera mención explícita de la reclusión o alistamiento de menores de 15 años para participar en las hostilidades, si era de amplio conocimiento que en el curso ordinario del acuerdo común se realizarían delitos para llevar a cabo el mismo, delitos como lo fueron la utilización de menores dentro de las alas militares; tenía Lubanga el dominio funcional de los hechos (intención) ³⁶⁹, era plenamente consecuente del uso y trato dado a los sujetos pasivos de la conducta penal.

Para la Corte en el caso Lubanga Dylo la intención reúne tres características fundamentales como lo son la conducta, consecuencia y circunstancia, donde el sujeto activo desplegó la conducta con la intención requerida de adoptar ese comportamiento. La consecuencia será la intención de causar ese resultado típico penal o es consciente de que ocurrirá en el curso

³⁶⁹ Ibíd. P. 602

normal de los eventos; y donde la circunstancia es el producto de los dos requerimientos anteriores con el conocimiento de que se producirá al iniciar la actitud positiva penal.³⁷⁰

El conocimiento ha de ser el requisito psicológico en medio del cual el acusado y los co-perpetradores deben todos, de forma compartida tener conocimiento en el que, El autor sabía o debería haber sabido que dicha persona o personas tenían menos de 15 años de edad.³⁷¹

1.2.4 Conocimiento de las circunstancias de hecho que establece la existencia de un conflicto armado y su conexión con a comisión del crimen.

Lubanga era consciente de la existencia de un conflicto armado con independencia de su carácter internacional o nacional, y del reclutamiento, entrenamiento y uso de los menores de 15 años dentro del conflicto.³⁷² Son elementos contextuales dentro de lo cuales existía consciencia por parte del autor entre estas circunstancias de facto y el comportamiento mismo llevado a cabo, en medio de los cuales se logro probar el conocimiento referente a la existencia de conflicto armado pues era fundador de los movimientos políticos y militares partícipes en el mismo y tenía igualmente conocimiento directo del uso de menores de 15 años dentro de las hostilidades, toda vez que usaba los mismos como escoltas personales.³⁷³

³⁷⁰ Ibíd. P. 477

³⁷¹ Ibíd. 480. Ver también: CORTES SANCHEZ, FORER y BERNAL ACEVEDO. op.cit.35 *Sobre el requisito debía haber sabido, considera el autor presenta un inconveniente probatorio directo con el requisito conocimiento. Sin embargo. por no haber sido usada por el fiscal se decide omitir su análisis. Sin embargo se considera que no incurre en obstáculo alguno ya que el conocimiento y el deber de conocimiento puede concurrir en un dolo de segundo grado.

³⁷² Ibíd. P. 643

³⁷³ Ibíd. 481

De esta manera, Lubanga reunía los requisitos exigidos dentro de la imputación a título de coautoría, ello para poder ser catalogado como máximo responsable en la comisión de los delitos mencionados.

Por consiguiente; Thomas Lubanga Dylo acordó previamente la ejecución del crimen los aportes relevantes para llevarlo a cabo, de la misma forma se logra determinar que el acusado tenía dominio del hecho y que su contribución era de carácter esencial para lograr o frustrar la comisión del crimen descrito anteriormente y tenía conocimiento de la circunstancia de conflicto armado interno por la cual pasaba la República Democrática del Congo. Así las cosas; se condenó a Thomas Lubanga Dylo como Coautor del crimen de guerra por el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y participación activa en las hostilidades desde el 1 de septiembre de 2002 hasta la fecha de 13 de agosto del 2003 periodo dentro del cual dirigió formal y materialmente la UPC y las FPLC cuerpo armado donde se reclutaron los menores objeto de la presente condena.³⁷⁴

Establecidos los elementos objetivos y subjetivos dentro de las circunstancias fácticas concretas tratadas en el caso Lubanga es de resaltar la manera en que la Corte recurre al uso de las principales figuras de autoría para encajar los hechos dentro de las figuras tradicionales de imputación; A pesar de no presentar desarrollado el concepto de responsabilidad por el mando dentro de la acusación realizada por el fiscal de la Corte Penal Internacional, se permite encontrar que se vinculó directamente al sujeto activo de la conducta como coautor siendo este título de imputación correspondiente a la categoría de los máximos responsables pues como se ha hecho referencia, el uso de la responsabilidad por el mando es subsidiaria cuando no se logró probatoriamente encasillar las conductas dentro de las autorías reunidas en el Art. 25 del ER.³⁷⁵

³⁷⁴ *Ibíd.* Ver también: THE APPEALS CHAMBER. ICC-01/04-01/06-3121.

³⁷⁵ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P 382.

1.3 CARACTERÍSTICAS COMPARTIDAS DENTRO DEL MODELO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

Dentro de la planeación fáctica de los hechos realizado por la Corte, se logró observar diferentes aspectos probatorios que de no haberse cumplido bajo la titularidad de la coautoría podría haberse realizado bajo el título de imputación alternativo de responsabilidad por el mando. Por ello, es menester establecer que concurren circunstancias concomitantes a ambas figuras de coautoría y responsabilidad por el mando.

1.3.1 Tener la calidad de superior militar y delitos fruto de la omisión del superior.

Lubanga como fundador de la UPC y FPLC ejercía la calidad de superior jerárquico pues tenía características propias de la dirección militar, como lo era el control territorial de las tropas dentro del conflicto armado interno.³⁷⁶

Por la misma calidad de superior jerárquico podía incurrir en responsabilidad penal a pesar de no haber realizado los delitos de manera directa; en el análisis de ambas figuras y dentro del mismo sustento fáctico, la falta de presencia física del imputado en la comisión material del crimen permite que se plantee una posible omisión por parte del autor.

En la coautoría no se hace necesaria la presencia física del máximo responsable, siempre y cuando la contribución física de otros coautores pueda ser también atribuida a este a través de la teoría del dominio del hecho³⁷⁷ subsanado la falta de contribución material con la

³⁷⁶ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803. op.cit

³⁷⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. op cit. P. 334-336

contribución intelectual aportada por el sujeto acusado.³⁷⁸ Pues así como en la responsabilidad por el mando, el acusado no hace presencia física en la comisión material del delito, si no que por el contrario a través de su omisión posibilita la ejecución del crimen, incluso se podría equiparar la omisión como el aporte causal (aunque sin producir ningún efecto en el plano tangible) necesario para que se lleve a cabo el delito.

Dentro del caso en concreto Lubanga Dylo participó de manera directa dentro de la ejecución del crimen al reclutar menores de 15 años para la guerra, situación que se logró probar dentro de los discursos dados en plaza pública, y donde del mismo modo hizo uso de ellos en su guardia personal³⁷⁹. Por lo tanto, si existió una acción positiva que desencadenaba la responsabilidad penal. Sin embargo, de no lograrse probar podría hablarse de una omisión.

1.3.2 Mando/ autoridad y control efectivo y falta de adopción de las medidas necesarias y razonables para impedir la ejecución de los crímenes.

Como superior *militar* de iure y *facto* Lubanga tenía tanto el mando como la autoridad dentro de las tropas armadas de la FPLC., ambas características desencadenan dentro del control que se exige para tener la calidad de superior jerárquico,³⁸⁰ en donde el control es la manifestación más clara de la relación que existe entre el superior Lubanga y sus subordinados³⁸¹ que cometían el delito de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años para participar activamente dentro de las hostilidades que ocurrieron en el contexto del conflicto armado interno de la RDC.

³⁷⁸ AMBOS, Kai. El primer fallo de la Corte Penal Internacional. op.cit P.32 ver también: OLÁSOLO ALONSO. op. cit P. 337 ensayos sobre la corte penal internacional: “serán autores según la otaria del dominio del hecho todos aquellos que tenga el control sobre la comisión del delito en cuanto que tiene el poder de decidir si el mismo se comete o como será cometido”.

³⁷⁹ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803. op.cit

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ AMBOS KAI. Temas de DPI. op. cit. P.182-187

Por su parte las medidas necesarias y razonables fueron omitidas toda vez que dentro del actuar del acusado Lubanga se proporcionó un actuar directo y propulsor para la comisión del crimen, situación que daba un aspecto de tolerancia y permisibilidad para que los subordinados fueran partícipes también del delito.³⁸²

1.3.3 El superior sabía de los hechos delictivos cometidos por sus tropas a cargo.

La exigencia subjetiva del deber al tener conocimiento de los actos realizados por los subordinados en la responsabilidad por el mando, faculta a igualarlo como un elemento integral del plan común dentro de la coautoría.

La Corte exige en el conocimiento el efectivo conocimiento o el deber de conocimiento, requisito subjetivo propio de los altos mandos militares de iure o de facto, aspecto que dentro del examen de los elementos de la coautoría se mencionó, tal requisito es idéntico al exigido dentro de la responsabilidad por el mando,³⁸³ a pesar de solo encontrar estudiada por parte de la Corte el conocimiento efectivo y no el deber de conocimiento, su sola mención confirma la similaridad entre ambas disposiciones como elementos subjetivos integrales y necesarios.³⁸⁴

El deber de conocimiento es la obligación directa sobre el deber de cuidado que se desprende de la misma calidad de superior jerárquico y dentro de la cual el deber que tiene el superior

³⁸² LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803. op.cit

³⁸³ Naciones unidas, Estatuto de Roma. op.cit. Art. 28

³⁸⁴ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. P. 470.

de poseer información que le permita inferir que sus subordinados estaban cometiendo crímenes de carácter internacional.³⁸⁵

Aunque del análisis de la jurisprudencia de la Corte no se observe expresamente los elementos de la responsabilidad por el mando, de manera tacita se permite hacer el anterior análisis para plantear la segunda opción por la cual la CPI habría podido optar en caso de no encontrar probados los supuestos facticos que encajaran dentro del tipo penal inicial.

Es de resaltar el desarrollo jurisprudencial otorgado por la sentencia de Thomas Lubanga Dylo al hacer uso de la teoría del dominio del hecho para lograr calificar como autores a los líderes políticos, militares que tengan un valor fundamental dentro de la comisión de los hechos,³⁸⁶ por ser la primera sentencia emitida por la Corte merece ser exaltada dado que esbozó toda la dogmática penal necesaria para resaltar los elementos relevantes e imprescindibles dentro de la coautoría, pero sobre todo resaltar los distintos criterios de imputación en los cuales pueda recaer toda la penalidad necesaria al castigar a los máximos responsables.

³⁸⁵ AMBOS KAI. El nuevo DPI. op. cit. P. 205

³⁸⁶ OLÁSULO ALONSO. Ensayos sobre la CPI. op. cit. P. 345

2. APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN EL CASO JEAN PIERRE BEMBA GOMBO.

Jean- Pierre Bemba Gombo fungió como presidente y comandante del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), tropas militares que tenían funciones bélicas en el marco del conflicto armado por el cual estaba atravesando la Republica Centro Africana (RCA) por el dominio político entre el Gobierno actual de Ange-Félix Patassé y sus rebeldes militares al mando de ex jefe de Fuerzas Militares François Bozizé quien buscaba realizar un golpe de Estado. Perspectiva que propicia el uso del criterio como máximo responsable si se llegase a hallar culpabilidad dentro del proceso Bemba Gombo.³⁸⁷

2.1 HECHOS IMPUTADOS ANTE LA CPI.

2.1.1 Contexto social de la responsabilidad penal de Jean Pierre Bemba.

Jean Pierre Bemba actuó como líder militar del MLC, ejerciendo sobre sus tropas la autoridad y control efectivo para direccionarlas en el actuar militar.³⁸⁸

³⁸⁷ Cour Pénale Internationale; Jean- Pierre Bemba, Les crimes allégués (liste non-exhaustive); [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/pages/alleged-crimes.aspx?ln=fr> *Como consecuencia de los enfrentamientos militares por el poder, se desencadenó un conflicto armado de carácter interno en el periodo del 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, en el cual se cometieron crímenes en los que se encontraban afectados gran parte de la población civil centro africana, incurriendo en un sin numero de violaciones, asesinatos y saqueos a las viviendas de la ciudadanía ajena al conflicto armado sucedido.

³⁸⁸ Ibíd.

Como producto del enfrentamiento vivido en la RCA, ambos bandos militares del conflicto armado interno poseían una organización jerarquizada con la capacidad necesaria para llevar ese conflicto de manera prolongada en el tiempo.³⁸⁹

Se generó así la llamada operación RCA durante el mes de octubre 2002 a marzo de 2003, periodos de tiempo durante los cuales las tropas a cargo de Jean Pierre Bemba (MLC Y ALC) cometieron delitos de asesinato, saqueos y violaciones contra la población civil, y siendo parte activa de un costado de la situación de conflicto armado vivido en la RCA³⁹⁰.

En la conformación del MLC Jean Pierre Bemba se aseguró de distinguir política, administrativa y militarmente la conformación del movimiento, sin embargo, dentro de los estatutos de conformación del movimiento y de su ala militar se facultaba a su fundador Jean Pierre Bemba Gombo de amplios poderes decisorios sobre todas las ramas existentes en el movimiento. Siendo éste quien tomaba las decisiones finales de todas las actuaciones realizadas por el MLC y ALC. Es decir, ejerciendo el mando y direccionamiento sobre estas.; Teniendo así la mayor responsabilidad por las órdenes impartidas y por los actos cometidos por sus subordinados en la organización militar en la cual ejercía la función de fundador y presidente.³⁹¹

Las tropas militares dirigidas por Bemba y el ejercito al llamado del presidente Patassé actuaban con un fin común el cual era el mantenimiento de la democracia y de su gobierno

³⁸⁹ Sala de Cuestiones Preliminares, III. ICC-01/05-01/08-; situación en la República Centroafricana en el caso del fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Mayo, 23,. [Consultado el Abr, 22,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05037.PDF P. 5-6.

³⁹⁰ *Ibíd.*

³⁹¹ *Ibíd.* Ver también: Cour Pénale Internationale. ICC-CPI-20090109-PR388;ICC - L'audience de confirmation des charges dans l'affaire Le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo débutera le lundi 12 janvier 2009 Sep,1. [Consultado el Nov,1,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=the%20confirmation%20of%20charges%20hearing%20in%20the%20case%20of%20the%20prosecutor%20v%20jean%20pierre&ln=fr>

dentro de la Republica Centro Africana, sin embargo en la comisión de este fin común se dio pasó a la comisión de Violaciones en la ciudad de Mongoumba entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, torturas, ultrajes que atentaban contra la dignidad de la persona, saqueos en las ciudades de Bossanga y Mongoumba, todo englobado a un ataque contra la población civil revestidos de un ataque sistemático o generalizado, actos realizados de manera conjunta con otra persona o en su defecto por conducto de otras personas.³⁹² Lo anterior plantearía la presencia de dos posibles títulos de imputación, los cuales serían la coautoría y la autoría mediata; sin embargo, sobre este aspecto se precisará más adelante en conjunto con la jurisprudencia de la Corte. Acusación que veremos cómo fue abordada por parte del fiscal de la CPI y sobre que delitos la Corte tiene jurisdicción para procesar e investigar al acusado bajo la categorización de máximo responsable.

De igual manera la CPI consideraba que Bemba Gombo contaba con la autoridad de *Iure y Facto* sobre los miembros pertenecientes al Movimiento para la Liberación del Congo, lo cual lo facultaba para tomar decisiones políticas y militares respecto a los actos desplegados por cualquier subordinado a su mando.³⁹³ Al leer este aparte, se considera también la aplicación subsidiaria de la responsabilidad por el mando arraigada en el artículo 28 del Estatuto, e incluso se podrá abordar su estudio de igual forma en la elaboración de la tesis de la Corte por parte de la Sala de Primera Instancia II de manera ulterior.

Así las cosas, la Corte inició la acusación contra Jean Pierre Bemba Gombo como máximo responsable por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.³⁹⁴ Se

³⁹² *Ibíd.* P. 7

³⁹³ LA CHAMBRE PRELIMINAIRE III. ICC-01/05-01/08-15. Situation en Republique Centrafricaine affaire le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo; Cour Pénale Internationale. Jun, 10,. [Consultado el Abr, 26,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_03389.PDF .P.7 también en: GIL GIL & MACULAN. op.cit. P. 310-312.

³⁹⁴ *(i) violaciones que constituyan un crimen de lesa humanidad punible en virtud del Artículo 7 (1) (g) del Estatuto;
(ii) violaciones que constituyan un crimen de guerra punible según el Artículo 8 (2) (e) (vi) del Estatuto;

podrá analizar dentro del proceso las distintas maneras en que la Corte varia la imputación desde figuras propias de la autoría por acción hasta la omisión como responsabilidad en los superiores al mando desarrollado por el Estatuto dentro del Artículo 28, en aras de encontrar probados material y dogmáticamente todos los requisitos exigidos por las figuras de responsabilidad penal, en las cuales se exaltará el uso de aquellas que concuerden con los delitos cometidos por un máximo responsable.

2.2 IMPUTACIÓN A TÍTULO DE COAUTORÍA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE EN EL CASO BEMBA (SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES III).

La SCP III en su decisión de orden de arresto expedida contra Jean Pierre Bemba analiza los delitos cometidos a la luz de las formas de autoría que se enmarcan dentro del Art. 25 del ER,³⁹⁵ posteriormente dentro de los anexos aportados por el fiscal a la Corte Penal Internacional, analiza los actos cometidos bajo la óptica de la coautoría mediata, sin embargo como planteó como segunda opción la responsabilidad por el mando del acusado siempre y cuando no se lograra probar la primera imputación penal a título de coautoría mediata.³⁹⁶

(iii) la tortura que constituya un crimen de lesa humanidad punible en virtud del Artículo 7 (1) (f) del Estatuto;
(iv) la tortura que constituye un crimen de guerra punible de conformidad con el artículo 8 (2) (c) del Estatuto;
(v) ataques a la dignidad de la persona, incluidos los tratos humillantes y degradantes que constituyen un crimen de guerra punible de conformidad con el Artículo 8 (2) (c) (ii) del Estatuto;
(vi) los asesinatos que constituyan un crimen de lesa humanidad punible en virtud del Artículo 7 (1) (a) del Estatuto;
ver) homicidios que constituyen un crimen de guerra punible de conformidad con el artículo 8 (2) (c) del Estatuto;
(viii) el saqueo de una ciudad o localidad que constituya un crimen de guerra punible en virtud del artículo 8 (2) (e) del Estatuto. *Ibíd.* P.8

³⁹⁵ *Ibíd.* P.7

³⁹⁶PRE- TRIAL CHAMBER,III. ICC-01/05-01/08-169 Anx3A; Situation in the Central African Republic in the case of the prosecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Oct,17,. [Consultado el Mai,6,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_05827.PDF .P.26 . Ver también: Decision on the confirmation of the charges in Bemba Gombo. Parr. 242. Citado por: GIL GIL & MACULAN. op.cit. P. 149

La SCP III entiende el comportamiento de Bemba Gombo como producto de un plan común desarrollado entre el acusado y Patassé y que el mismo rol cumplido por Bemba como presidente del MLC catalogaba su aporte como fundamental dentro de la comisión de los delitos por parte de sus tropas y que en el desarrollo de su plan común eran conscientes de la posible comisión de delitos para poder lograrlo.³⁹⁷

Es preciso por lo tanto abordar los aportes tomados por la CPI para imputar los delitos a título de coautoría mediata en concordancia con los elementos objetivos y subjetivos exigidos por esta figura.

1. Acuerdo o plan común: como producto del intento del golpe de estado que estaba por surgir por parte de las fuerzas armadas del General Bozizé, Patassé solicita ayuda militar al Movimiento para la Liberación del Congo al mando de Jean Pierre Bemba, el plan común giró en torno a la defensa del presidente Patassé, según la Sala, las direcciones concretas era la defensa del gobierno en turno sin hacer alusión alguna a las actividades que debían desempeñar o cuales no deberían ejecutar, teniendo así “vía libre” para llevar a cabo el propósito común.³⁹⁸ A pesar de no tener definido la criminalidad dentro de la ejecución del plan común, se observará como dentro del cumplimiento del mismo se incurre en los delitos mencionados para lograr el fin común.

El ER permite el uso conjunto de los dos criterios de autoría, coautoría por dominio funcional del hecho y autoría mediata en uso de un EOP del cual surge como criterio de imputación independiente la coautoría mediata; “cubre casos en los que al menos

³⁹⁷ Ibid. P. 26-27

³⁹⁸ Ibid. P.28

un coautor hace una contribución mediante otra persona que controla todas las contribuciones, tanto las directas como las indirectas son atribuibles a los demás coautores.”³⁹⁹ Título de responsabilidad penal que requiere el cumplimiento de ambos elementos objetivos especiales a cada figura y en el cual se exige la existencia de un plan común.

2. Contribución esencial: Bemba desplegó sus tropas en el territorio centroafricano, proporcionó armamento, transporte y suministro alimenticio para los militares que defendían el gobierno de Patassé, sin estos aportes la comisión del plan común fracasaría ya que era quien materialmente aportaba el aspecto humano militar para la confrontación del conflicto interno por el cual atravesaba la RCA⁴⁰⁰ por lo tanto, en cumplimiento del requisito explicado como la necesidad de contribución esencial Bemba aporta logísticamente las tropas para dar frente a la crisis interna del país; quien a falta de este no hubiera sido posible dar cumplimiento al plan común, se entiende como un requisito desde el punto de vista negativo pues en caso de no dar ejecución a sus aportes se ve frustrado el acuerdo inicial entre los coautores. La importancia del aporte conlleva a que la contribución misma sea equiparable a la comisión total del crimen, independientemente de que el aporte sea dado de manera intelectual o material en la ejecución del crimen; permitiendo así destacar como coautor mediato a Bemba Gombo.⁴⁰¹
3. Existencia de un grupo organizado y jerárquico de poder como EOP: El MLC y las tropas al mando por el presidente Patassé eran estructuras militares que en su interior se encontraban plenamente organizadas según los distintos niveles de jerarquía que poseían, tanto Bemba como Patassé coordinaban su actuar delictivo a través de sus

³⁹⁹ OLÁSOLO, Alonso, The criminal responsibility of senior political and military leaders as provincial to international crimes. Citado por: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.368

⁴⁰⁰ *Ibíd.* P. 28-29

⁴⁰¹ DE LA ROCHE, Mariana, et al. Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. En: REVISTA HipoTesis. Universidad del Rosario. N° 10.

grupos armados, donde contaba con direcciones política, inteligencia, apoyo humano militar y político. Elemento fundamental para la comisión del delito por manos de los subordinados de ambos coautores.⁴⁰²

4. Cumplimiento automático de las ordenes de Patassé y Bemba: por ser ambos los dirigentes de iure y de facto de cada grupo militar sobre el cual ejecutaban su plan común, contaban con amplios frentes militares que cumplieran cada una de las ordenes impartidas en pro de la ejecución del acuerdo común el cual era la sostenibilidad del gobierno de Patassé y el debilitamiento de las tropas de Bozizé. Eran sus subordinados quienes materialmente realizaban los delitos.⁴⁰³ Es decir a una distancia prominente no se encontraban ninguno de los coautores mediatos pero que en aplicación de la figura de la coautora mediata le permite imputar los actos en presencia de una estructura organizada de poder y en el cumplimiento automático de las ordenes impartidas.
5. El coautor mediato debe cumplir con los requisitos subjetivos del delito: en este aspecto la sala optó por entender la aplicación del Art. 30 del Estatuto con una integración del dolo eventual, puesto que dentro del planteamiento del plan común no se visualizaba la comisión de delitos, sin embargo, en la puesta en marcha del mismo se podría presentar un elemento de criminalidad,⁴⁰⁴ cumplimiento así con la intención y conocimiento exigidos.

⁴⁰² Ibid. *los Estatutos MLC confirma que tenía un personal compuesto de: i) El comandante del Ejército, el jefe de personal; (ii) G1 a cargo del personal; (iii) oficial de inteligencia G2; (iv) Oficial de Operaciones G3; (v) G4 a cargo de la logística; y (iv) el G5 sobre Asuntos Civiles y Políticos⁶¹². El ALC se dividió en siete brigadas. Cada brigada tenía entre 2,500 y 3,000 hombres y fue dirigida por un comandante de brigada. Cada brigada consistía en un bastón y estaba dividida en batallones, cada uno encabezado por un comandante de batallón.

⁴⁰³ LA CHAMBRE PRELIMINAIRE III. ICC-01/05-01/08-15. op.cit .P.7

⁴⁰⁴ Ibid.

6. Aceptación de los elementos objetivos de los delitos: en la aplicación del plan común Bemba y Patassé como coautores mediatos aceptaron a través de su inacción, como coautor mediato no Bemba no tomó las medidas para castigar a los subordinados que habían sido perpetradores de los crímenes internacionales; tenía igualmente conocimiento sobre los hechos pues contaba con un sistema informativo veraz y oportuno que le permitía estar actualizado de los movimientos realizados por sus tropas⁴⁰⁵
7. El coautor material debe tener control sobre los hechos: Bemba era consciente del control que ejercía dentro del MLC por ser la autoridad suprema y comandante, los hechos confirman que a través de la puesta de las tropas en la CAR y el retiro de las mismas una vez este lo ordenó, las reuniones con representantes extranjeros y las declaraciones publicas a sus tropas; demuestran probatoriamente que Bemba tenía el control material de los hechos siendo este superior.⁴⁰⁶

Según la presentación de la sala, parecería ser aplicable la coautoría mediata como título de imputación en la presentación del caso Bemba, sin embargo, el papel fundamental en la aplicación del mismo es la aceptación o no del dolo eventual como integrante del mens rea abordado dentro del artículo 30 del Estatuto, la opinión de la Corte no ha sido uniforme.⁴⁰⁷ En este aspecto por lo tanto jurisprudencialmente parecería no contar con un aspecto rígido en cuanto al uso de la figura. No obstante, la sala considera que tendría aplicación el dolo eventual dentro del ER toda vez que dentro de los apartados intención y conocimiento se permite hacer un examen gramatical para extender la aplicación del mismo.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ PRE- TRIAL CHAMBER, III . ICC-01/05-01/08-169 Anx3A P. 36.37

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, 32-33

⁴⁰⁷ OLÁSULO ALONSO. *op cit.* P 155-160

⁴⁰⁸ * refiriéndonos a la intención como el querer causar el resultado y al conocimiento como el deber saber que esa acción en específica desencadenará su efecto lesivo AMBOS KAI. *op cit.* P 227

Esta posición no es compartida por la Sala de Primera Instancia III pues excluye la aplicación del dolo eventual como elemento integral de conocimiento e intención exigido dentro del artículo 30 del ER, pues haría falta la intención⁴⁰⁹ como se podrá observar de manera inmediata.

2.2.1 Cambio en la imputación de coautoría mediata a responsabilidad por el mando.

Surge dentro del proceso llevado por la corte un cambio significativo en cuanto al título por el cual sería imputado Jean - Pierre Bemba, este cambio es plasmado por la Sala de Cuestiones Preliminares II, la sala le solicita al fiscal revisar los delitos en mención a la luz de una omisión cometida por parte del acusado Bemba, es decir haciendo uso de la responsabilidad por el mando⁴¹⁰ y no de la coautoría mediata.

Los motivos que impulsa a la sala a sugerir este cambio es la percepción en cuanto al título de imputación son:

1. No considerar la existencia de un plan común entre Bemba y Patassé.⁴¹¹

GIL GIL & MACULAN. op.cit. P. 149. Ver también: DE LA ROCHE, Mariana, et al. op. cit.

⁴¹⁰CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II;ICC-01/05-01/08-424;Situation en Republique Centrafricaine affaire le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Jun, 15,. [Consultado el Mai,6,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_05978.PDF .P. 122

⁴¹¹ Ibíd. P.123

2. Adoptar la explicación del fiscal bajo la imputación a título de coautoría y no de coautoría mediata⁴¹² lo que conlleva a dejar de lado los elementos integrales de la autoría mediata sobre todo cuando hablamos de la comisión material por otro sujeto, en el caso Bemba por un subordinado.
3. La interpretación del mens rea general exigido en el artículo 30, puesto que no contempla dentro de ello la posibilidad de aplicar el dolo eventual⁴¹³ en explicación de la sala, solo hay dos grados de dolo, el dolo directo de primer grado que exige que el acusado sea consciente de que sus actos u omisiones resultarán en la intención deliberada de cometer el delito, y el dolo directo de segundo grado que no requiere que el sujeto activo tenga la intención directa de incurrir en la comisión de los elementos objetivos del crimen, si no que se presentan como el resultado casi inevitable de sus acciones u omisiones, "consciente de que [las consecuencias] ocurrirán en el curso normal de los eventos"⁴¹⁴ para la sala no hay aplicación de un estándar menor de dolo, los grados de dolo son venidos de una "certeza virtual" en el cual la consecuencia delictiva vendrá a menos de que un acto ajeno impida la comisión del mismo.⁴¹⁵

⁴¹² *Ibíd.* P. 125 * Se puede comprobar incluso en el entendimiento mismo de la doctrina al hablar de coautoría en el caso Bemba y no de coautoría mediata. Ver DE LA ROCHE, Mariana, et al También en: GIL GIL & MACULAN. *op.cit.* P. 149 ** Este aspecto es significativo en cuanto a la referencia del fiscal por acusar a Jean- Pierre Bemba respecto a actos concretos como lo fue la existencia de un plan común, sin embargo, obvió la mención específica sobre la figura acerca de la cual lo acusaba, de haberse hecho un análisis preciso y detallado como se realizó en este escrito en el capítulo III, quedaría claro el uso de la figura de coautoría mediata y no de la coautoría como decide entenderlo la Sala de Cuestiones Preliminares III, excluyendo la coautoría por encontrarse materialmente lejos el acusado de la comisión de los delitos.

Lo anterior, hace dudar respecto a la congruencia entre las distintas salas de la Corte y a la variante interpretación dogmática, aunque quedase descartado el uso de las figuras propias del artículo 25 al no cobijar dentro ellas un nivel inferior al dolo directo de primer grado o de segundo grado.

⁴¹³ * La sala entiende que se deben cumplir con los elementos subjetivos los cuales son : (a) satisfacer los elementos subjetivos de los delitos que se le imputan, es decir, los elementos de intención y conocimiento requeridos por el Artículo 30 del Estatuto; b) conocer y admitir que la realización de los elementos materiales de los crímenes resultará de la implementación del plan común; y (c) conocer las circunstancias de hecho que le permiten ejercer un control conjunto sobre los delitos con otros co-perpetradores.

⁴¹⁴ *Ibíd.* P. 129

⁴¹⁵ *Ibíd.* P. 130

Por lo tanto, al no hacer uso de este tercer grado de dolo, descarta la posibilidad de que la figura de la coautoría pueda ser usada como título de imputación de responsabilidad penal dado que dentro del “plan común” no había ningún elemento de criminalidad y tampoco resultaría precisamente obligatorio en la ejecución del mismo.⁴¹⁶ afectando de esta manera la imputación penal realizada en un primer plano, la teoría de la oficina del fiscal debía ser cambiada y estudiada dentro de un título de imputación que permitiera un grado inferior a la intención y conocimiento exigidos como elementos subjetivos dentro de las distintas categorías de autores tipificadas dentro del Art. 25 de ER.

Empero, ello no impide seguir adelante con el examen dogmático y probatorio de la responsabilidad de Bemba Gombo dentro de los hechos ocurridos dado que plantea la posibilidad de que por medio del artículo 30 exista una aplicación menor siempre y cuando estemos en el panorama de la omisión, parece ser que la sala entiende la existencia de dos interpretaciones diferentes del Art. 30 del Estatuto de Roma⁴¹⁷ uno para la autoría y participación del artículo 25 y otra para la responsabilidad por el mando del artículo 28. De manera que opta por cambiar la imputación al uso de la responsabilidad por mando y así es desarrollada por la SPI II.

2.3 IMPUTACIÓN A TÍTULO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO- SALA DE PRIMERA INSTANCIA II.

La primera minuta de la Corte es establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el mando optando por darle la categoría de *sui generis*, pues dependiendo de cada caso puede

⁴¹⁶ *Ibíd.* P. 148

⁴¹⁷ *Ibíd.* P. 132 Ver también: Con el acompañamiento de la Prof. Andrea Mateus Rugeles., M. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016. En: ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL. vol. 5, no. 0,

tomar la forma de uno o varios modos de responsabilidad.⁴¹⁸ El hecho de que la Corte se haya inclinado por catalogar la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el mando como *sui generis* confirma que el análisis realizado en el capítulo precedente concuerda con la realidad de la Corte, toda vez que designar una sola figura de autoría o participación en la responsabilidad por el mando, limita su uso alternativo cuando no sea posible encuadrar la acción u omisión dentro de las figuras típicas de imputación, permitiendo que efectivamente sea posible acusar a los máximos responsables.⁴¹⁹

La SPI II hace mención a los estudios probatorios realizados por la SCP III en el que se designa a Jean- Pierre Bemba Gombo como líder militar teniendo la autoridad y control efectivo sobre las tropas del MLC y que este a su vez era un grupo no gubernamental.⁴²⁰ La primera instancia hace una unión de los aspectos facticos con las exigencias generales de la responsabilidad por el mando ya teniendo en cuenta la labor realizada por la SCP III y opta por encajar la responsabilidad penal de Bemba Gombo bajo la óptica de una omisión de actuar, omisión que desencadena una serie de elementos necesarios para el cumplimiento de la responsabilidad por el mando como título de imputación y que serán desarrollados de la siguiente manera.

⁴¹⁸ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE III; ICC-01/05-01/08-3343; Situation en République Centrafricaine affaire le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Mar, 21., [Consultado el Mai, 6, 2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_08547.PDF. P. 90

⁴¹⁹ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 384.

⁴²⁰ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P.150.

2.3.1 Los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte deben haber sido cometidos por fuerzas.

Este requisito exige que los crímenes que han sido imputados sean cometidos por sus fuerzas armadas las cuales se encuentran subordinadas al mando del imputado, en este caso a Jean-Pierre Bemba.⁴²¹

Dentro del material probatorio que disponía la sala se encontraba la referencia sobre la comisión de crímenes por parte de otras fuerzas ajenas al MLC a cargo de Bemba concretamente las tropas del general Bozizé, no obstante debido a los idiomas hablados, uniformes usados y zonas de ubicación de las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo se logró individualizar que los crímenes objeto de investigación por parte de la Corte habían sido cometidos por los militares a cargo de Bemba Gombo.⁴²²

La Sala encontró mas allá de toda duda razonable la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad como el asesinato, violación y saqueo durante el periodo de octubre de 2006 hasta marzo de 2003 en territorio de la República Centroafricana; todos, competencia de la Corte y cometidos bajo los soldados de las tropas de MLC.⁴²³

⁴²¹ *Ibíd.* P.91.

⁴²² *La cámara hace mención de la jurisprudencia del TPIY, en la cual los delitos cometidos por otros bandos son irrelevantes al caso en concreto, es decir no afecta de ninguna manera la imputación realizada dentro del caso o la individualización misma hecha a los soldados. “TPIY, Arrêt Kunarac, par. 88, renvoyant à TPIY, Kupreškić et consorts, Décision relative aux éléments de preuve portant sur la moralité de l’accusé et le moyen de défense de tu quoque.” Citado por: *Ibíd.* P. 385

⁴²³ OSPINA, María Camila and CANOSA CANTOR, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016. En: ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL. vol. 5, no. 0,

Por tanto; el requisito se encontraba cumplido para la Corte, pues habían sido los subordinados del imputado los autores materiales de los delitos imputados, subordinados que se encontraban bajo la exclusiva responsabilidad de direccionamiento de Jean- Pierre Bemba.

2.3.2 El acusado debe haber sido un comandante militar o una persona que realmente actúa como comandante militar.

Bemba contaba con los apoyos militares y logísticos necesarios para amparar los deseos del presidente Patassé, era un superior militar que efectivamente actuaba como tal,⁴²⁴ es decir era un superior militar de *iure* y de *facto* que, dentro de las actuaciones desplegadas por este cumplía a cabalidad con impartir ordenes y tener distintos niveles de jerarquía dentro del MLC. Ya explicado de manera general el requisito respecto a la posición de comandante militar o que actúe como comandante militar, es indispensable examinar el papel funcional de Bemba dentro del MLC.

Bemba Gombo fue presidente del MLC y comandante en jefe de sus tropas armadas, tenía amplios poderes oficiales dentro de los cuales se encontraba el poder nombrar, promover o destituir a cualquier subordinado, del mismo modo era quien financiaba el funcionamiento del movimiento, era quien investigaba e instauraba tribunales militares cuando las circunstancias apremiantes lo “ameritaban.”⁴²⁵ Anexo a esto a pesar de encontrarse sus tropas en territorio centroafricano, no se obligó a que estas estuvieran subordinadas a la dirección de Patassé⁴²⁶ por lo que en conjunto demuestra para la Corte la efectiva calidad de superior militar que tenía Jean- Pierre Bemba respecto del Movimiento para la Liberación del Congo.

⁴²⁴ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P.92

⁴²⁵ Ibid. 387-388

⁴²⁶ Ibid. 391

La Sala enfoca su estudio en la forma en que fue designado o tomo la dirección como superior jerárquico Bemba Gombo, para determinar si se trata de manera general de un superior de *iure* o de *facto*, donde para criterio de la sala los primeros serán aquellos adscritos a las fuerzas del estado, nombramientos legales realizados por el gobierno y en el que los últimos generalmente serán aquellos que pertenezcan a fuerzas rebeldes o nombramientos militares ilegales no ajustados a derecho.⁴²⁷

Por tanto, la calidad de superior jerárquico con independencia de su originalidad sea de *iure* o *facto* atenderá siempre a la existencia de un control efectivo sobre aquellos sujetos que tengan calidad de subordinados y que por ello se encontraran supeditados a cumplir las ordenes emanadas del superior como fue presentado dentro del caso Bemba.⁴²⁸

2.3.3 El acusado debe haber tenido un mando y control efectivos o una autoridad y control efectivos sobre las fuerzas que cometieron los crímenes.

Cuando se hace mención al mando y control efectivo y la autoridad y control, se asemeja la definición del mando a la autoridad. Por lo tanto, tendrá el mismo grado de control el superior sobre sus tropas, la fiscalía imputa los delitos a Bemba por tener autoridad y control actuando efectivamente como un comandante militar. Lo que infiere que se ha optado por acusarlo como un superior de *facto*.⁴²⁹

⁴²⁷ GIL & MACULAN. op.cit. P.156. Ver también: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.389-391.

⁴²⁸ Ibíd. P. 156 * se difiere en el planteamiento realizado por el autor ya que considera que el único aspecto esencial es la pertenencia o no a un aparato militar; cuando en realidad el criterio vertebral ha sido identificado como la capacidad para ejercer un control efectivo, aspecto que si se encuentra única y exclusivamente en cabeza de los superiores jerárquicos de *iure* o de *facto*.

⁴²⁹ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P.93

El tener autoridad y control desemboca en la capacidad material para prevenir o reprimir cualquier delito cometido por sus subordinados, de no tener la capacidad de hacerlo se entendería que tiene un grado de control menor y no podría ser posible calificar al sujeto como superior.⁴³⁰ Esto quiere decir, que realmente la categoría de superior jerárquico será otorgada en cuanto a la capacidad que tenga el sujeto para desplegar acciones encaminadas a prevenir y reprimir los actos delictivos de sus subordinados excluyendo por lo tanto el tercer acto que es poner en conocimiento los hechos a las autoridades competentes, y se entiende que la corte no hace mención a ello porque el remitir el asunto a otras instituciones son indicativo de no tener la autoridad suficiente para castigar disciplinariamente o penalmente a los actores del delito.

La Sala especifica que la connotación control efectivo debe ser observada en concurrencia de las circunstancias fácticas de cada caso, no se trata de un criterio o regla general que se aplica y usa del mismo modo sin diferenciar un caso de otro, y que dentro del caso Bemba solo se pudo determinar el vocablo de autoridad como “el poder o facultad de emitir ordenes y asegurar su obediencia.”⁴³¹ En el que fácticamente se logró comprobar que Bemba al tener la calidad de comandante militar, ostentaba autoridad y control efectivo sobre sus tropas armadas, ejerciendo incluso el poder disciplinario sobre estos.⁴³² Por consiguiente, era quien en calidad de superior militar de *facto* en la RCA ejercía las acciones de dirección que englobaban cualquier mandato como máxima autoridad militar.

Dicho lo anterior, a pesar de encontrar criterios como el mando y autoridad, todo el esfuerzo probatorio girará en torno a la comprobación del control efectivo que tenga el superior jerárquico sea de *iure* o *facto*.

⁴³⁰ Ibíd. P. 94

⁴³¹ Decisión de confirmación de cargos caso Bemba. Citado por: GIL & MACULAN. op.cit. P.160.

⁴³² CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit .P. 390 * Para Werle el criterio de control efectivo también demarca la responsabilidad penal que tendrá el sujeto activo del delito, toda vez que se juzgará si los delitos cometidos por los subordinados guardan relación con su control efectivo. WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P.393

2.3.4 El acusado no debe haber tomado todas las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la ejecución de los delitos o para remitirlos a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

Para la Primera Instancia se entiende por “medidas necesarias todas aquellas que son apropiadas para que el comandante cumpla con su deber, y las razonables son aquellas que se encuentran bajo su poder”⁴³³ es decir, las acciones necesarias y razonables deberán ser evaluadas de manera concreta y no general pues varían respecto al nivel de control que tenga el superior aun más cuando estamos en presencia de un superior militar de *facto* y no de *iure* puesto que habría que deducir según la capacidad material su ámbito de dirección.

En su examen sobre las distintas acciones que debe tomar el superior para evitar su omisión la Corte la toma dividida en dos grupos:

- a) Incumplimiento en el deber de impedir/evitar: así como fue explicado en el capítulo precedente, la Corte comparte la opinión de ser un deber que dentro del ámbito temporal se presenta antes a la comisión de los hechos o durante la comisión de los mismos cuando se extienden en el tiempo.⁴³⁴ Entendido este deber como la manera en que se puede interrumpir el cumplimiento total de los elementos objetivos de los delitos.

A pesar de que se ha planteado que todas las acciones necesarias y razonables deben ser acordes con las capacidades materiales del superior y de las

⁴³³ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit .P.100

⁴³⁴ Ibid. P.101-102

circunstancias del caso específico, la SPI II define acciones generales dirigidas a impedir la ejecución de crímenes como lo son (i) garantizar que las fuerzas estén adecuadamente capacitadas en derecho internacional humanitario; (ii) contar con informes que demuestren que el actuar de las fuerzas ha sido acorde con el derecho internacional; (iii) emitir órdenes para que las conductas de las fuerzas operacionales esté conforme a las leyes de la guerra; y (iv) tomar medidas disciplinarias para evitar que las tropas bajo el mando del comandante militar cometan atrocidades,⁴³⁵ este ultimo haciendo referencia a los aspectos en concreto de los casos a tratar.

La Corte examina que otras medidas deben ser tomadas para garantizar el control efectivo e impedir la comisión de los delitos, dentro de las cuales también menciona: (i) emitir órdenes específicamente para prevenir la comisión de delitos, en lugar de simples órdenes de rutina; (ii) denunciar o condenar actos delictivos; (iii) instar a sus superiores a tomar medidas inmediatas; iv) posponer operaciones militares; (v) suspender, excluir o redistribuir a los subordinados violentos; y (vi) realizar operaciones militares para reducir el riesgo.⁴³⁶

A simple vista, se observa una notoria diferencia entre las primeramente mencionadas y las ultimas, podría decirse que de la referencia primera se genera un deber de conocimiento general, que aplica con independencia de la existencia o no de una situación de peligro o de la comisión de un delito, mientras que las segundas engloban un panorama concreto de acción en medio del cual el superior jerárquico tiene el deber de actuar ya que ostenta el control efectivo para impedir la concurrencia de delitos que atenten contra la dignidad humana.

⁴³⁵ Ibíd. P. 102

⁴³⁶ Ibíd. P. 102

Deber que dentro de los tres distintos momentos por el cual se desarrolla el *iter criminis*, el deber de impedir o evitar se presentará justo al momento previo de la iniciación del delito.⁴³⁷

Así será como en medio del tiempo que se prevea la comisión de un crimen y en medio del control efectivo como se podrá evitar de manera efectiva la comisión de un delito competencia de la CPI y como dentro del caso Bemba se determinó la existencia de los requisitos para que el como sujeto que ostenta el deber de intervención debía impedir el resultado lesivo.

- b) Incumplimiento del deber de reprimir la ejecución de delitos o remitirlos a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento: aquí realmente se observa dos deberes diferentes, lo que conllevaría a ser tres grupos de medidas necesarias por las cuales debe optar el superior; la segunda de ellas el deber de reprimir y la tercera de ellas remitir el asunto para cuestionamiento de las autoridades competentes, aspecto ultimo que plasmaría la falta de control efectivo haciendo necesario remitir a una autoridad superior.⁴³⁸

El deber de reprimir incluye la frustración del mismo delito cuando este ya se haya puesto en marcha por parte de los subordinados y cobija también la obligación de castigar cuando ya han sido cometidos siempre y cuando este tenga el poder disciplinario para hacerlo,⁴³⁹ poder que como se ha aclarado depende no del aspecto formal si no material, de todas aquellas medidas que se encuentren al alcance del superior, de todas aquellas medidas sobre las cuales tenga el superior

⁴³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El delito de omisión, concepto y sistema. Bosch, 1986.P. 343 *estas medidas han de encajar dentro de la clasificación de las medidas preventivas, cuando aun el crimen no ha sido consumado.

⁴³⁸ WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 397

⁴³⁹ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P. 103

el control efectivo y que desde una perspectiva *ex ante* sean idóneas y posibles para ejecutar.⁴⁴⁰

Cuando lo anterior no fuese posible, se tiene una tercera opción y es el sometimiento del asunto a las autoridades competentes, o aun cuando teniendo la capacidad sancionatoria estas son insuficientes, naciendo luego de la comisión del delito.⁴⁴¹

Ambos deberes son medidas represivas por los cuales responderá el superior al no ponerlas en acción debiendo hacerlo, extendiendo la responsabilidad penal del subordinado bajo la cabeza del superior jerárquico.⁴⁴²

Bemba, efectivamente si tomó medidas encaminadas a reprimir los actos de barbarie cometidos por sus soldados, sin embargo no eran razonables con la cantidad de acusados y mucho menos acordes con los actos cometidos, toda vez que instauró una comisión de investigación para siete soldados y se refirió en plaza publica solo a 200 de ellos para advertir sobre la ilegalidad de los actos que estaban siendo cometidos.⁴⁴³ Demostrando así, la falta de congruencia entre los hechos cometidos y las medidas tomadas, dando un panorama de tolerancia respecto a los delitos que estaban siendo cometidos en la RCA.

Otro aspecto probatorio fundamental para la sala era la notable falta de congruencia en la adopción de las medidas preventivas y represivas prueba de ello era el conocimiento que tenía Bemba Gombo de los delitos y la decisión de retirada de sus tropas tres meses después

⁴⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. op. cit. P. 294

⁴⁴¹ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P. 105

⁴⁴² Ibíd. Ver también: WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 398

⁴⁴³ Ibíd 400-401

de haberlo considerado para ponerle fin a los delitos cometidos.⁴⁴⁴ Por lo tanto se demostró la falta de raciocinio que tuvo Bemba al optar por medidas que no estaban encaminadas a evitar, reprimir o poner el asunto en manos de las autoridades competentes para hacer realmente justicia. Situación que propiciaría la seguida comisión de delitos por parte de los subordinados militares que tenía bajo su control, pues de manera futura sería el propulsor directo para posibles actos criminales; aspecto que dentro de la responsabilidad por el mando determinaría su calidad como máximo responsable.

Sin duda alguna bajo el estudio de la Sala en su primera instancia se percata el lector sobre la notable responsabilidad por el mando de Jean - Pierre Bemba sin embargo, es merecedor de crítica la manera superflua en que la corte solo menciona la necesidad y razonabilidad sobre la adopción de las medidas que desencadena del mismo modo en la aplicación del control efectivo, que como bien se ha recalcado es el criterio angular para la existencia de la responsabilidad por el mando, es necesario por ello desarrollar jurisprudencialmente un criterio que tiene base en la aplicación del control efectivo pero que permita cambios procesales mas no sustanciales dependiendo del caso en concreto y los distintos supuestos facticos a analizar.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ *Ibíd.* P. 402

⁴⁴⁵ * En cuanto a la apelación: la sala de apelaciones no hace una interpretación adecuada pues considera que se da cumplimiento al requisito ii) exigido dentro de la responsabilidad por el mando, cataloga que la instauración de una comisión investigativa cumple con ello, sin embargo, no equipara la congruencia de las mismas medidas, estas no estaban referidas a una cantidad significativa de militares por lo tanto no encajaría dentro del apartado explicado como razonables. Por lo tanto la corte, faculta mediante sus distintas posiciones interpretativas la apelación de la sentencia por parte de la defensa y absolución de Bemba Gombo como responsable de delitos de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

2.3.5 La ejecución de los crímenes debe resultar del fracaso del acusado para ejercer el control adecuado sobre las fuerzas en cuestión.

Para la Sala este es un requisito que se exige de la siguiente manera: “los crímenes hayan sido cometidos como consecuencia de que el superior no efectuó un control apropiado sobre los subordinados”⁴⁴⁶ que infiere a criterio de la Corte una relación de causalidad entre la falta de acción de los deberes de control y el resultado penal de la comisión de los crímenes, pero que desde el plano de la imputación no desarrolla la Corte.

El principio general del Derecho penal está basado en la causalidad, sin embargo, cuando estamos en presencia de la responsabilidad por el mando no se hace necesario la existencia de un nexo causal entre la omisión del superior jerárquico y la comisión de los delitos por parte de sus subordinados armados, empero es de resaltar que la Corte efectúa el cumplimiento de este requisito de una manera mas laxa, dado que los delitos no se hubieran cometido de haber cumplido a cabalidad con los deberes que reposan en cabeza del superior,⁴⁴⁷ es decir al haber realizado una observancia debida y siempre bajo la primicia del control efectiva o de manera negativa la falta de control que no concurrió con los deberes exigidos para un superior que ostenta el mando o la autoridad, deberes que se sintetizan mayormente dentro de las medidas preventivas como la evitación en la comisión de los delitos.⁴⁴⁸

Empero, también se hace presente de manera futura en los deberes represivos como lo son impedir la culminación del delito que ya ha sido iniciado, castigarlo disciplinariamente o

⁴⁴⁶ *Ibíd.* También en: Decisión de confirmación de cargos caso Bemba. Citado por: GIL & MACULAN. op.cit. P.170

⁴⁴⁷ *Ibíd.* P. 106-107

⁴⁴⁸ *Ibíd.* También en: Decisión de confirmación de cargos caso Bemba. Citado por: GIL & MACULAN. op.cit. P.171.

remitir el asunto a las autoridades competentes como criterio preventivo para futuros actos penales en medio de las hostilidades de un conflicto armado interno como sucedió dentro del caso Bemba que aunque haya sido omitido por la Sala en una referencia menor cabe percatarse sobre la presencia de una “causalidad futura”⁴⁴⁹

2.3.6 El acusado sabía, o, debido a las circunstancias, debería haber sabido, que esas fuerzas estaban cometiendo o estaban a punto de cometer esos crímenes.

En cuanto al conocimiento, establece la Corte que no es un requisito sobre el cual se pueda hacer una presunción de existencia, por el contrario, es necesario que probatoriamente se demuestre que el sujeto activo tenía el conocimiento o debía tenerlo respecto a las circunstancias fácticas del caso, pruebas que son admitidas por medio de indicios.⁴⁵⁰

Indicios que podrían clasificarse para la Corte como la a cantidad de actos ilícitos, su alcance, generalizado o no, el período durante el cual ocurrieron, el tipo y la cantidad de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, la cantidad de modus operandi de actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición y responsabilidad del superior dentro de la jerarquía, el lugar donde se encontraba en el momento en que se realizaron los actos y la ubicación geográfica de los actos. Elementos que para la sala sirven para ilustrar el contexto del requisito subjetivo exigido por el artículo 28 del ER dentro del caso Bemba.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ * El termino “causalidad futura” es mencionado en la medida de que dentro del proceso penal llevado por la corte pueda demostrarse que la omisión del pasado desembocó como consecuencia directa en la comisión de delitos en el presente. Omisión que siempre estará referida a los deberes que se catalogan bajo la clasificación de represivos.

⁴⁵⁰ Ibid. P 98 * Bemba a pesar de no estar ubicado en las zonas de conflicto, materia comunicación constante con sus tropas vía teléfono satelital o móvil mediante los cuales se le hacia conocer el estado de los combates, la ubicación de las tropas, las políticas instauradas y las denuncias por delitos realizadas dentro de los cuales se encontraban los robos, violaciones, asesinatos a civiles, hostigamiento y transporte de bienes saqueados. P. 393

⁴⁵¹ Ibid. P. 163

Conocimiento que dentro del deber requiere que el superior jerárquico haya tomado las medidas necesarias para mantenerse informado sobre las conductas ejercidas por sus subordinados e indagar sobre las actitudes disciplinarias tomadas por los mismos y que deben ser estudiados en conjunto con la existencia de ciertos requisitos como lo son (i) que tenía información general advirtiéndole de delitos cometidos por subordinados o advirtiéndole de la posibilidad de actos ilícitos y (ii) la información disponible era suficiente para garantizar más información o investigación.⁴⁵² Así las cosas, La sala examina el requisito del elemento subjetivo como un conocimiento actual y real o en su defecto la obligación o deber de saber.

En el caso concreto Bemba el acusado sabía por noticias divulgadas a través de los medios de comunicación de la existencia de los ataques desplegados durante la operación militar en la CAR, pues igualmente se le habían hecho llegar informes de inteligencia por conducto de ONG y los comandos territoriales del MLC que recalcaban los distintos delitos que estaban recayendo sobre la población civil centroafricana.⁴⁵³ Demuestra la Corte que el acusado tenía pleno conocimiento de los hechos realizados a manos de sus tropas dentro de la población civil, por lo tanto más allá de toda duda razonable, halla el cumplimiento de los requisitos establecidos para el conocimiento.⁴⁵⁴

Valorados de forma integral todos los elementos exigidos por la responsabilidad por el mando se determina que, de haber dado cumplimiento a cabalidad con estos, los hechos no se hubiesen producido siendo el resultado de la omisión por parte del superior jerárquico, en

⁴⁵² TSSL, *Le Procureur c. Sesay et autres*, affaire n° SCSL-04-15-T, *Judgment*, 2 mars 2009 . Citado por: *Ibíd.* P.164

⁴⁵³ *Ibíd.* P.395-396

⁴⁵⁴ * Para Werle no es necesario ni siquiera que el superior que enfrenta un juicio por responsabilidad por el mando comparta la intención delictiva del autor material. Aspecto que se considera es adecuado toda vez que la responsabilidad por el mando plantea una aplicación subsidiaria haciendo posible así una aplicación del dolo mas laxa para la responsabilidad por el mando.

este caso, de Jean-Pierre Bemba Gombo encontrándose bajo la posibilidad fáctica de actuar e impedir o reprimir todo acto delictivo llevado a cabo por sus tropas.

Ya estudiado la manera en que la Corte desarrolla el concepto de responsabilidad por el mando, se puede afirmar que efectivamente es un *bonus* introducido dentro del Estatuto de Roma para salvaguardar la posible vinculación de un máximo responsable cuando no ha sido posible vincularlo a través de las figuras clásicas de autoría y participación y que de igual manera es examinado primariamente de manera general para que posteriormente se pueda hacer el enlace con los supuestos facticos del caso, prueba de ello es el caso Bemba en medio del cual es de resaltar el trabajo de la corte al implementar dos niveles diferentes respecto al uso del *mens rea*, pues contrario a lo que opinan algunos autores⁴⁵⁵ se considera que el mismo Estatuto faculta el uso diferente a la intención y conocimiento exigido dentro del artículo 30 del ER cuando hace mención explícita al apartado de “*Salvo disposición en contrario*”, de forma precisa la disposición en contrario a la que hace alusión son los otros tipos de responsabilidad en que incurre un sujeto, de manera clara la responsabilidad por el mando, sustentados esta teoría en la misma naturaleza jurídica de la figura por ser *sui generis*.

3. APLICACIÓN DE LA COAUTORIA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE EN EL CASO BOSCO NTAGANDA.

Bosco Ntaganda fungió como comandante militar junto a Thomas Lubanga Dylo otros militares de la UPC y FPLC desplegando sus ordenes militares en medio del conflicto armado interno por el que pasaba la Republica Democrática del Congo.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ OLÁSULO ALONSO. Tratado de autoría y participación. op cit. P. 845

⁴⁵⁶ La Chambre de première instance VI (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour »). Résumé du jugement rendu par la Chambre de première instance VI le 8 juillet 2019 dans l'affaire Le Procureur c. Bosco Ntaganda. Cour Pénale Internationale. [Consultado el Jul,17,2019]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190708-ntaganda-judgment-summary-fra.pdf>

Su campaña militar contra el RCD-K / ML. Bosco Ntaganda y sus co-perpetradores querían que la comunidad de Lendu fuera destruida y dividida, y quería asegurarse de que los Lendu no pudieran regresar a las aldeas atacadas, incluso cometiendo asesinatos y violaciones contra civiles y a la propiedad pública y privada, a través de actos de apropiación y destrucción.⁴⁵⁷

Ntaganda estaba desempeñando funciones militares muy importantes dentro de la UPC / FPLC. Fue uno de los líderes clave, y la Cámara sintió que había sido fundamental en la capacidad de la UPC / FPLC para construir un grupo armado poderoso para expulsar a la población de Lendu de ciertas áreas. Bosco Ntaganda tuvo una amplia experiencia militar en los años previos al surgimiento de la UPC / FPLC, experiencia que fue fundamental para el desarrollo del conflicto armado interno.⁴⁵⁸

Debido a los distintos sucesos militares que dirigió Bosco Ntaganda dentro de la RDC, la Corte considera necesario hallar la responsabilidad penal como máximo responsable e imputar un título de imputación acorde con las acciones cometidas por este.

3.1 CONTEXTO SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE BOSCO NTAGANDA.

Ntaganda ejerció una función fundamental como comandante militar dentro de la UPC y FPLC tropas militares que cumplieron las ordenes de una estrategia preconcebida, en la que

⁴⁵⁷ Ibíd.

⁴⁵⁸ Ibíd.

la población Lendu de la RDC fue la directamente afectada cometiéndose delitos contra civiles en cumplimiento de la política acordada para atacar y “cazar” a los civiles que pertenecían a la población Lendu y que con el pasar del conflicto armado interno también fueron víctimas todos aquellos civiles que no se consideraran originarios de la región de Ituri.⁴⁵⁹

Bosco Ntaganda, que había sido nombrado Jefe de El Jefe adjunto de la UPC / FPLC a principios de septiembre de 2002, participó regularmente en reuniones entre los diversos órganos de la UPC / FPLC⁴⁶⁰ e informó de manera ordinaria a sus superiores sobre los acontecimientos en la situación militar sufrida dentro de la República Democrática del Congo en la que trataron de apoderarse de localidades no dominadas por Hema y expulsar a la población civil que no era Hema, especialmente los Lendu, de Ituri.⁴⁶⁰

Dentro del conflicto armado interno suscitado en la RDC Ntaganda sería responsabilizado por ser autor conjunto de distintos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, responsabilidad penal que será analizada de manera inmediata.

3.2 IMPUTACIÓN A TÍTULO DE COAUTORÍA MEDIATA COMO MÁXIMO RESPONSABLE.

La Corte usa varios títulos de imputación⁴⁶¹ dentro del estudio que aborda respecto a la responsabilidad penal del acusado Bosco Ntaganda empero, será analizada la responsabilidad

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

⁴⁶⁰ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309 ; Situation en République Démocratique du Congo affaire le Procureur c. Bosco Ntaganda. Cour Pénale Internationale. Jun,9,. [Consultado el Jul,17,2019].

⁴⁶¹ * La sala en primera instancia usa también la autoría directa para imputar crímenes a Bosco Ntaganda. “La jurisprudencia previa de la Corte confirma que, como cuestión de derecho, es posible una aplicación simultánea

penal a título de coautoría mediata por ser el mas concurrido y aquel que logra sintetizar de mejor manera la dogmática penal que engloba la categoría de los máximos responsables.

Es así como la sala decide analizar todos los hechos sucedidos en conexión con las exigencias o reglas generales de la figura de la coautoría mediata como título de imputación penal; La Cámara recuerda que los elementos objetivos del modo de responsabilidad por coerción indirecta⁴⁶² en el sentido del Artículo 25 (3) (a) del Estatuto son los siguientes:

(a) un plan o acuerdo conjunto elaborado por una o más personas; (b) el sospechoso y el otro (los) co-perpetrador (es) deben hacer una contribución esencial y coordinada que conduzca a la realización de los elementos materiales del delito; (c) el sospechoso debe ejercer control sobre la organización; d) la organización debe ser un aparato de poder jerárquico y organizado EOP; (e) la ejecución de los delitos debe estar garantizada por una obediencia casi automática a las órdenes dadas por el sospechoso.⁴⁶³

de estas dos variantes de responsabilidad penal individual, siempre que se cumplan todos los requisitos legales. La Cámara de Apelaciones de Lubanga, refiriéndose a parte de dicha jurisprudencia, observó que se ha expresado la opinión de que existe una cuarta forma de responsabilidad de comisión, según la cual un perpetrador puede cometer un delito conjuntamente con otra persona, mientras que esa otra persona comete un delito a través de otra persona. Sin embargo, la Cámara entiende que en la actualidad en este caso, el concepto de co-perpetración indirecta implica una forma de co-perpetración en la que el plan común se ejecuta a través de otras personas, que funcionan como una herramienta de todos los co-perpetradores. En este sentido, la "co-perpetración indirecta" en este caso no debe verse como un modo de responsabilidad independiente, sino como una forma particular de co-perpetración, que es compatible con la redacción del Estatuto" TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539; Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Jul,8,. [Consultado el Jul,17,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF

⁴⁶² ** Es este el termino que bajo la traducción libre se le ata a la coautoría mediata.

⁴⁶³ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

3.2.1 Plan Común como requisito de la imputación de coautoría mediata en el caso Ntaganda.

El acuerdo o plan común para designar que el sujeto que está siendo acusado (Ntaganda) requiere que el delito investigado bajo la jurisdicción de la Corte sea cometido “conjuntamente con otra persona” en que el que dos o mas sujetos plenamente individualizados trabajaron de manera mancomunada en la comisión del crimen, aspecto que hace necesario la existencia de un acuerdo entre los perpetradores.⁴⁶⁴

En opinión de la Sala, tal acuerdo puede ser expreso o implícito, previamente arreglado o realizado de manera improvisada, en el que el elemento de criminalidad exigido dentro del acuerdo debe ser critico, es decir que sea prácticamente seguro que de la ejecución del plan común se llevaran a cabo la comisión de delitos.⁴⁶⁵

La Corte concreta estos elementos generales con los supuestos facticos del caso Ntaganda, en medio del cual se determinó como plan común la obtención del control militar y político de Ituri (RDC), acuerdo que en su simple lectura no integra ninguna comisión delictiva a manos de Ntaganda o sus tropas. Sin embargo, para llevarlo a cabo se apoderaron de las localidades no denominadas por Hema y expulsaron a la población civil Lendu de Ituri, actos que fueron llevados a cabo junto con asesinatos.⁴⁶⁶

Coincide la Corte por lo tanto en usar un criterio unánime en cuanto al elemento de criminalidad que debe encontrarse dentro del Plan común, y como deja en claro que puede

⁴⁶⁴ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

⁴⁶⁵ *Ibíd.* * es decir no se exige al igual que en el caso Lubanga que el plan o acuerdo común este necesariamente dirigido a la comisión de uno o varios delitos que sea jurisdicción de la Corte.

⁴⁶⁶ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

ser un acuerdo que no se encuentre estrictamente rígido en cuanto a su ejecución si no que por el contrario puede resultar de manera laxa, es sin duda alguna un acierto de la Corte al tratar de llevar una línea jurisprudencial homogénea dando así mayor seguridad jurídica e igualdad a pesar de tratarse siempre de casos diferentes en el que los hechos varían.

3.2.2 Contribución esencial como requisito exigido para la coautoría mediata del acusado Ntaganda.

La contribución esencial es el aspecto determinante para enfocar la participación anterior, concurrente o posterior a la comisión del delito, siempre y cuando sea esencial para la ocurrencia del mismo, esto quiere decir en palabras de la Corte que de la contribución esencial resulta la ostensión del poder para frustrar la comisión del delito.⁴⁶⁷

Este requisito puede hacer presencia incluso fuera de la etapa de la ejecución del crimen por el cual está siendo acusado. Es decir, los elementos materiales del delito serán llevados a cabo por otro u otros sujetos, pero la totalidad de ellos serán atribuidos igualmente al coautor mediato.⁴⁶⁸

La Cámara reafirma que la contribución de Bosco fue esencial e imprescindible para llevar a cabo los distintos delitos que efectuarían la comisión del plan común, en el que Ntaganda tenía una posición relevante dentro de la UPC / FPLC, siendo uno de los líderes clave teniendo a cargo el personal inmediato que ejecutaba las operaciones militares (en este caso

⁴⁶⁷ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

⁴⁶⁸ Ibíd. * “Si se determina que el acusado aportó una contribución esencial al delito en virtud de un acuerdo o plan común, esto justifica la imputación normativa a cada co-perpetrador de la totalidad del crimen cometido conjuntamente por los co-perpetradores.”

las tropas como EOP) y a los cuales alentaba a la comisión de los delitos contra la comunidad Lendu.⁴⁶⁹

Podría plantearse como la contribución del Bosco Ntaganda no fue estrictamente material a los elementos objetivos que describen la comisión de un delito, pero fue esencial desde el punto de vista intelectual emitiendo ordenes y tolerando la comisión de crímenes que fueron objeto de acción en medio del conflicto armado interno de la RDC.

Concuera así este requisito con los siguientes que exigirán la comisión de los delitos por parte de los sujetos fungibles de la estructura organizada de poder, entrelazando uno y otro elemento para lograr determinar la responsabilidad penal del superior jerárquico Bosco Ntaganda como coautor mediato.

3.2.3 Ejercer control sobre la organización. (UPC/FPLC).

Para desarrollar este requisito la Sala decide abordarlo de manera fáctica y no tanto dogmática pues considera que de esta manera logra observarse con mayor claridad la exigencia necesaria para tener el control sobre una organización militar.⁴⁷⁰

Bosco Ntaganda tenía control sobre los delitos cometidos, la relevancia del control sobre la organización es encaminada a diferenciar entre los distintos modos de participación penal, distinguiendo entre la comisión principal como máximo responsable y los distintos modos de accesorios de contribución dentro del actuar delictivo, en el que desde los hechos la Sala

⁴⁶⁹ Ibid. Ver también: LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

⁴⁷⁰ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

concluye , más allá de toda duda razonable, que los soldados de UPC / FPLC y los civiles de Hema estaban bajo el control de los co-perpetradores y solían ejecutar los elementos objetivos de los delitos.⁴⁷¹

Del análisis de la Corte se puede percibir que este requisito debe ser aplicado en conjunto con la contribución esencial, toda vez que resulta notorio que el aspecto ordinativo y/o intelectual por el cual es acusado Ntaganda es el haber ejercido un control sobre la organización militar que llevó a cabo los elementos objetivos de los crímenes sobre los cuales tiene jurisdicción la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, como se encuentra apropiado la conjunción de ambos requisitos y como desde una perspectiva más material logra comprenderse el uso del mismo requisito como aspecto fundamental para la imputación penal a título de coautoría mediata y que también se hace presente dentro del mando o autoridad y control exigido dentro de la responsabilidad por el mando, es decir de no aplicarse este título de imputación penal uno de los requisitos de la responsabilidad por el mando que es el control efectivo se encontraría plenamente sustentado bajo la misma primicia.

3.2.4 La Organización debe ser una Estructura Organizada de Poder.

La organización militar que disponía Ntaganda estaba denominada bajo la existencia de la UPC como organización política organizada y la FPLC que operaba como fuerza totalmente armada, que a su vez constituía un aparato de poder jerárquico y organizado en el que se lograba visualizar una estructura militar que permitía el cumplimiento de las ordenes

⁴⁷¹ * Bosco Ntaganda ejerció el control sobre la UPC / FPLC y que la obediencia a sus órdenes fue casi automática. Fue nombrado jefe adjunto de personal a principios de septiembre de 2002 y se convirtió oficialmente en jefe de personal en diciembre de 2003. LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

emanadas por los superiores jerárquicos quien serian catalogados o procesados penalmente por ser los máximos responsables⁴⁷²

Aquí el criterio de control también es relevante para la existencia misma de la EOP pues significa que el perpetrador uso al menos parte considerable del aparato de poder subordinado a el, para dirigirlo intencionalmente hacia la comisión del delito que fue ejecutado materialmente por estos últimos.⁴⁷³

Una vez más la Corte refiere el cumplimiento del requisito de manera general siempre y cuando se logre determinar que existía una organización jerarquizada dentro de la estructura de poder, no obstante la sala no hace referencia alguna si es necesario que la estructura sea militar o política, situación que dentro del caso en concreto no aporta mayor relevancia pues ambas coexistían dentro de los supuestos facticos, pero que podría haberse estudiado para ejercer claridad en cuanto a las exigencias del requisito y tener mayor jurisprudencia para próximos casos que conlleven la aplicación de la coautoría mediata individualizando así o depurando cada vez mas la categoría de máximos responsables.

3.2.5 La ejecución de los delitos debe estar garantizada por una obediencia casi automática a las órdenes dadas por el acusado Bosco Ntaganda.

La organización que tenia Ntaganda dentro de la UPC y FPLC permitía que a través del reclutamiento activo liderado por este y sus co-perpetradores se contara con individuos fungibles que podrían ser reemplazados por otros sujetos en caso de negarse a realizar las

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

ordenes delictivas de los superiores militares garantizando así el cumplimiento automático de sus ordenes.⁴⁷⁴

Ello se logró bajo el respeto por la disciplina impartida dentro de la estructura organizada de poder que liderada Ntaganda, sistema disciplinario estricto y violento dentro de sus filas, pues aquellos reclutas que se negaran a cumplir las ordenes impartidas serian objeto de represalias, como la muerte en caso de desertión.⁴⁷⁵

Es decir, contaba con elementos cuantitativos y cualitativos, gran cantidad de subordinados para asegurar el cumplimiento de sus ordenes y las represalias “necesarias” para impedir o frustrar la decisión de incumplir las ordenes impartidas con contenido delictivo.

Es por ello como dentro del conjunto de elementos objetivos para que exista la responsabilidad penal por coautoría mediata se logra observar que es necesario la coexistencia de todos, pues uno lleva al cumplimiento del otro y la falta de alguna desestima la responsabilidad penal.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

⁴⁷⁵ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

⁴⁷⁶ *Sobre el cumplimiento del elemento subjetivo, intención y conocimiento exigido por el ER en su art. 30 la corte concluye que “la evidencia establece que los siguientes dos elementos subjetivos de la coacción indirecta están presentes: Bosco Ntaganda sabía y acordó que la implementación del plan conjunto llevaría a la realización de los elementos materiales de los delitos. Según lo establecido, ha: (i) adoptado el plan conjunto junto con otros miembros del UPC / FPLC; (ii) se reunió regularmente con estas personas en el contexto de la implementación del plan común; y (iii) actuó con la intención y el conocimiento requeridos para que los delitos se cometan para lograr el plan común, en la medida especificada anteriormente. Además, dado el alto cargo de Bosco Ntaganda en el UPC / FPLC⁵⁶⁶ y su papel dominante descrito anteriormente⁵⁶⁶, también era consciente de las circunstancias de hecho que le permitieron ejercer conjuntamente el control sobre los delitos cometidos por una o más personas” LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit

Dentro del caso Bosco Ntaganda también se plantea la posible responsabilidad penal a título de responsabilidad por el mando, situación que dentro de la sentencia de la sala VI no se menciona, empero en caso de no haber sido posible la aplicación probatoria de la coautoría mediata, se hubiera encontrado sustentado fáctica y dogmáticamente la responsabilidad penal por omisión del deber de cuidado que reposa en cabeza del superior militar Bosco Ntaganda.

La Sala Preliminar II opta por definir los elementos de la responsabilidad por el mando de manera conjunta y siempre dirigida a la aplicación dentro del caso, es decir no determina los aspectos dogmáticos penales para la existencia de la figura de responsabilidad por el mando, es así con concurda la existencia de ser un superior jerárquico, específicamente líder militar en la UPC/FPLC donde ejerció un comando y control efectivos sobre las tropas durante el periodo de conflicto armado interno de la RDC (control efectivo que ejerció tanto en militares como en civiles).⁴⁷⁷ De su lectura se infiere el cumplimiento de dos requisitos, el primero de ellos la existencia de una relación superior- subordinado por la calidad que tenía Bosco Ntaganda y el segundo de ellos como la existencia del control efectivo sobre las tropas con independencia de si ejerce mando o autoridad.⁴⁷⁸

De la misma manera conjunta la sala encuentra el cumplimiento del tercer y cuarto elemento al mencionar que Bosco Ntaganda no reaccionó a la comisión de los delitos o no tomó medidas suficientes, a pesar de la influencia que tuvo en la UPC / FPLC y su capacidad demostrada para tomar Medidas con consecuencias de gran alcance militar y de dirección organizacional que tenía dentro de sus tropas militares y civiles, requisitos que se enfocan a

⁴⁷⁷ *Ibíd.*

⁴⁷⁸ * Como se ha planteado anteriormente lo que magnifica el criterio de responsabilidad por el mando es el control efectivo, con independencia de su mando o autoridad, es por ello que se considera que la Corte en esta última sentencia opta por evitar la mención del mando o control efectivo por tener grandes similitudes en su aplicación.

la exigencia de que los delitos hayan sido cometidos por las fuerzas subordinadas producto de la falta de control del superior Ntaganda sobre las tropas, y sobre la falta de implementación en todas las medidas necesarias y razonables para impedir, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes para su ejecución y procesamiento.⁴⁷⁹

En cuanto al conocimiento la sala considera que Bosco sabía que los miembros de la UPC/FPLC o civiles de Hema se encontraban o estaban a punto de cometer delitos sobre los cuales ejerce jurisdicción la Corte incluso estando físicamente presente y comandando sus tropas durante los ataques realizados y siempre ejerciendo constante comunicación con las tropas sobre las cuales no tenía proximidad territorial, estaba por lo tanto atento de todas las violaciones, asesinatos y masacres que habían sido cometidos.⁴⁸⁰ Si bien el Estatuto en su artículo 28 exige un conocimiento efectivo o un deber de conocimiento, se plasma dentro del caso Ntaganda que efectivamente el acusado tenía conocimiento efectivo sobre los ataques realizados por sus tropas el cual el mismo ordenó.⁴⁸¹ Es el cumplimiento del elemento subjetivo dentro de las exigencias de la figura de la responsabilidad por el mando., independiente a la exigencia general del Art. 30 del ER.⁴⁸² Es por ello como en caso de no haberse podido probar la responsabilidad a título de coautoría mediata, hubiera sido plenamente posible la aplicación de la responsabilidad por el mando ya que reunía todos los requisitos exigidos por la corte dentro del uso de la misma figura.⁴⁸³

Es de resaltar como la Corte en esta sentencia apunta siempre usar aquellos criterios de imputación que dignifiquen el uso mismo de la CPI, el cual es el juzgamiento de los máximos responsables, optando por encajar todos los hechos del caso Ntaganda dentro de los títulos

⁴⁷⁹ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. Art. 28. op cit

⁴⁸⁰ *Ibíd.*

⁴⁸¹ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

⁴⁸² Naciones Unidas. Estatuto de Roma. Art. 30.op. cit

⁴⁸³ *Ibíd.*

de imputación que puedan referir una pena congrua con el actuar delictivo del superior jerárquico y clasificar a los sujetos activos como los máximos responsables.⁴⁸⁴

En cada uno de los casos analizados se visualiza la tendencia de la CPI por demarcar los múltiples modos de responsabilidad penal, dentro de ellos aunque en su totalidad no se impute por la responsabilidad penal desarrollada en el artículo 28 del ER, si se hace presencia de un criterio general y es la responsabilidad por el mando, otorgan elementos generales para que dentro de cada proceso penal se resalte el juzgamiento congruo con el actuar delictivo y la posición jerárquica del acusado.

Muestra de lo anterior, es cuan aparentemente apartado del criterio de responsabilidad por el mando en el caso Lubanga Dylo, como dirigente supremo militar se usa la coautoría por dominio funcional de la voluntad pero que en explicación misma de la Corte existe un aspecto terminante para atribuir el hecho delictivo en cabeza del superior jerárquico Lubanga, y es el aporte esencial, contribución intelectual y que podría ser asemejada al control efectivo que, como se ha hecho hincapié es un elemento fundamental dentro de la responsabilidad por el mando, elemento que como resultado de las lecturas realizadas a la jurisprudencia de la Corte, debería ser mas desarrollado aun entendiendo que en cada caso concreto cambiaran aspectos de su aplicación y uso pero que de manera general debería tener un desarrollo dogmático similar en uno y otro caso, para que dentro del mismo funcionamiento de la CPI se logre un criterio de igualdad, situación que genera mayor seguridad jurídica.

Situación similar se presentó dentro del caso Bemba Gombo, que a pesar de no haber sido condenado finalmente, si se presentó ampliamente la responsabilidad por el mando como criterio de imputación penal, sin duda alguna lo mas significativo una vez mas es el uso del

⁴⁸⁴ TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

control efectivo como logra dejar de “lado” una diferenciación entre los criterios de mando y autoridad y como da inicio al planteamiento causal de la omisión como responsabilidad penal, situación que merece mayor profundización y lograr hallar una teoría que permita explicar de manera diáfana como se atribuye la responsabilidad penal por actos que material y subjetivamente son desarrollados por otros, otros que dentro de la cadena de mando tienen la calidad de subordinados al mando.

La mas reciente pronunciación de la CPI en el caso Bosco Ntaganda que en uso de la coautoría mediata menciona literalmente el control efectivo como aporte esencial dentro de la estructura organizada de poder, elemento que es el criterio vertebral en el uso de la responsabilidad por el mando, es en cada uno de los tres casos la presencia real del “castigo” a los máximos responsables.

Aspectos generales como los altos mandos militares, las tropas armadas o estructuras de poder y la realización del hecho por estos últimos, son elementos que aunque llamados de manera diferente dentro de las distintos títulos de imputación (dominio de la voluntad, EOP, que el acto material haya sido realizado por tropas a su cargo dominio) serán probatoria y fácticamente iguales y que podría ser utilizado para que dentro de un futuro pronunciamiento jurisprudencial sea una tesis de la CPI que demuestre un proceso penal similar a los sujetos que bajo un titulo de imputación aparentemente independiente se cobije la calificación de ser máximos responsables, ya sea a través de una acción material plenamente identificada o por medio de la responsabilidad penal desencadenada por la omisión cuando exista el deber legar de *iure* o de *facto* de actuar.

CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN COLOMBIA.

La responsabilidad por el mando internacionalmente fue desarrollada a través del Estatuto de Roma encajando la omisión como el deber de actuar para impedir, reprimir o poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de delitos internacionales, por tanto, a través de las jurisprudencias de la Corte Penal Internacional fue como se logró identificar la existencia de requisitos propios de la figura y la aplicación probatoria de estos en el campo material de los delitos cometidos.⁴⁸⁵

El hecho de que sea una institución jurídica que extraterritorialmente pertenezca a una competencia internacional no excusa la aplicación interna de la misma; por el contrario, es menester encontrarse al paso de los lineamientos internacionales como garantías mínimas a los derechos la humanidad, en el que se observe de que manera un concepto usado dentro del derecho humanitario y penal internacional logra tener cabida dentro del aspecto nacional, como lo es el concepto de los máximos responsables. Dicho lo anterior se analizará la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano opta por brindar estas garantías a través de figuras tradicionales como la autoria mediata o de la existencia de códigos independientes que rigen estrictamente para los cuerpos militares, pero que en la practica se quedan cortas para imputar realmente una conducta omisiva y que repercute de manera directa dentro de los distintos “avances” jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia como se concluirá finalmente.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia, *et al.* Memoria de las XXXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal : justicia negociada. Justicia transicional y crimen organizado. Universidad Externado de Colombia, 2017.P. 46-50

⁴⁸⁶ *Ibíd.*

1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN CODIGO DISCIPLINARIO MILITAR.

Como ya se ha deducido con anterioridad del presente capitulo, la responsabilidad por el mando es la terminología desarrollada desde el inicio de las grandes guerras mundiales y Tribunales híbridos internacionales, para endilgar la imputación penal a aquellos sujetos que dentro del marco material de la comisión de los delitos no sea factible probatoriamente identificar su participación a través de una acción, si no que por el contrario permiten la comisión de delitos a través de la omisión de acciones propias de un superior jerárquico al mando para impedir, reprimir o castigar. Es así como el CDM contempla las acciones por medio de las cuales debe desenvolverse el superior militar respecto de las conductas desplegadas por sus subordinados; es por medio de la ley 1862 de 2017 como se desarrolla tal temática.

Aunque globalmente rijan aspectos formales de la relación militar superior- subordinado, no deja de lado los deberes que reposan estrictamente en el mando militar como se logra observar en el artículo 16.⁴⁸⁷

El artículo 16 refiere las normas de conducta en el ejercicio del mando militar destacadas a modo comportamiento decoroso, dividiéndolas en 13 ítems de conducta que debe cumplir el superior militar, como lo son:

⁴⁸⁷ *ARTÍCULO 16. " NORMAS DE CONDUCTA EN EL EJERCICIO DEL MANDO. El militar actuará en ejercicio del mando regido, entre otras, por las siguientes normas..." COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017; Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar. (Ago,4,). 2017.*

“ARTÍCULO 16. NORMAS DE CONDUCTA EN EL EJERCICIO DEL MANDO. El militar actuará en ejercicio del mando regido, entre otras, por las siguientes normas:

1. Estilo de mando. El militar que ejerza mando se hará respetar por sus subordinados bajo el liderazgo; no les disimulará jamás las faltas de subordinación; les infundirá amor al servicio y exactitud en el desempeño de sus obligaciones; será firme en el mando, comedido en su actitud y palabras aun cuando amoneste o sancione.

2. Liderazgo. Reafirmará su liderazgo procurando conseguir el apoyo y cooperación de sus subordinados por el prestigio adquirido con su ejemplo, preparación y capacidad de decisión.

3. Responsabilidad en el ejercicio del mando. El sentido de la responsabilidad es indispensable para el buen ejercicio del mando y por él se hará acreedor a la confianza de sus superiores y subordinados.

La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.

4. Responsabilidades en relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Será consciente de la grave responsabilidad que le corresponde y asume para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

5. Aprecio de la vida de sus subordinados. Considerará la vida de sus subordinados como valor inestimable y no los expone a mayores peligros que los exigidos por el cumplimiento de la misión. Será su preocupación constante velar por la protección y seguridad del personal a sus órdenes.

6. *Capacidad para el combate. El mando será consciente de que la capacidad para el combate depende en gran medida de la moral combativa, de la motivación y de la eficacia de la instrucción y adiestramiento.*

7. *Unidad de acción. Con la finalidad de asegurar la unidad de acción y la máxima eficacia operativa, mantendrá permanente contacto con los mandos que le estén subordinados y estudiará con atención las propuestas que estos le presenten.*

8. *Capacidad de decisión, iniciativa y creatividad. La condición esencial del que ejerce mando es su capacidad para decidir. Actuará con iniciativa y la fomentará entre sus subordinados. Para adoptar sus decisiones aplicará la normativa vigente y actuará con creatividad y capacidad de juicio sin coartar la intuición y la imaginación.*

9. *Ejercicio de la autoridad. Ejercerá su autoridad con firmeza, justicia y equidad, evitando toda arbitrariedad y promoviendo un ambiente de responsabilidad, mutuo respeto y lealtad. Mantendrá sus órdenes con determinación, pero no se empeñará en ellas si la evolución de los acontecimientos aconseja variarlas.*

10. *Toma de decisiones. En el ejercicio de su autoridad será prudente en la toma de decisiones, fruto del análisis de la situación y la valoración de la información disponible, y las expresará en órdenes concretas, cuya ejecución debe dirigir, coordinar y controlar, sin que la insuficiencia de información, ni ninguna otra razón, pueda disculparle de permanecer inactivo en situaciones que requieran su intervención.*

11. *Razonamiento de las órdenes. Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y la colaboración consciente y activa de sus subordinados; con ello conseguirá que su acatamiento se fundamente en la lealtad y confianza que deben existir entre todos los miembros de las Fuerzas Militares.*

12. *Transmisión de órdenes. Normalmente dará las órdenes a través de sus inmediatos subordinados y cuando lo haga directamente a quien deba ejecutarlas, les informará de ello.*

Respaldará las órdenes que den sus subordinados, siempre que no perjudiquen a la misión encomendada o que entrañen injusticia, en cuyo caso las corregirá.

13. Administración de recursos. Administrará los recursos puestos bajo su responsabilidad para obtener el máximo rendimiento de ellos, de acuerdo con los principios de economía y eficiencia en su utilización y eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.”

A pesar de no ser normas que indiquen una forma de imputación directa para los delitos cometidos por los subordinados a través de la omisión en el actuar del superior militar,⁴⁸⁸ si permiten generar un marco de conducta dentro del cual el mando es el criterio angular para imputar responsabilidad disciplinaria ejemplo de ello es la jurisprudencia esbozada dentro del caso del General Uscátegui.⁴⁸⁹

Es preciso enlazar las obligaciones de conducta del código disciplinario con los deberes del superior por el mando dentro del artículo 28 del Estatuto de Roma, pues al realizar su lectura se hallan similitudes entre una y otra figura, posibilitando de esta manera la inclusión de esta dentro del ordenamiento jurídico colombiano a través de las normas tradicionales de autoría, participación, o comisión por omisión y como se lograría enfocar estas obligaciones disciplinarias respecto de los criterios de imputación penal usados dentro del ordenamiento jurídico colombiano para que en la practica dentro del uso probatorio y dogmático de cada

⁴⁸⁸ DIAZ MARTINEZ, Juan José. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO APLICADA AL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO. Jul,30,. [Consultado el Nov,30,2018]. Disponible en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/2-31-48.pdf/367872e7-4aa8-4fb3-90ee-68a11e859d1d>

⁴⁸⁹ * Dentro del cual se desarrolla la imputación como a título de autor por comisión por omisión, dado que ostentaba la posición de garante de la población de Mapiripán, dada por la competencia institucional al ser miembros de la fuerza pública. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP 7135-2014 Caso; JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ. Jun,5,. Disponible en: [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../SP7135-2014\(35113\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../SP7135-2014(35113).doc)

proceso penal se llegue a hacer partida de títulos de imputación cada vez mas homogéneos a las exigencias internacionales.

1.1. RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL MANDO.

Cuando el legislador decide hacer referencia a la responsabilidad por el ejercicio del mando y aclara que no es renunciable⁴⁹⁰ se logra conectar dicha obligación con la facultad que tiene el superior jerárquico para delegar los deberes de supervisión sin que ello signifique la delegación total de sus deberes no represente la falta de responsabilidad penal por haber hecho la delegación, por el contrario será directamente responsable por los actos de sus subordinados;⁴⁹¹ aunque dentro del Estatuto de Roma no se plantee la prohibición en el acto de la delegación si aclara que el sujeto llamado superior militar o civil será responsable por su mando,⁴⁹² la negativa introducida dentro de la ley 1862 de 2017 reafirma lo anteriormente dicho pues no da cabida a que dentro del funcionamiento del mando militar sea posible delegar la función de mando reposando en el mayor al cargo toda responsabilidad por lo actos cometidos en sus tropas. Así ha sido entendido por la jurisprudencia colombiana, en el que la línea de mando en las relaciones militares es sagrada, “respetada en lo castrense sin objeción por el grado y la antigüedad”⁴⁹³ en el cual, por virtud de la línea de mando se impide ceder el mismo.

⁴⁹⁰ Numeral 3 Artículo 26 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

⁴⁹¹ AMBOS KAI. op. cit. P. 425

⁴⁹² Ibíd.

⁴⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. ;SP17466-2015 Caso Luis Alfonso Plazas Vega; 2015.P.173

Anexo a ello, el ultimo inciso de dicho numeral menciona la autoridad tenida por el superior y la exigencia de obediencia debida por sus subordinados⁴⁹⁴ podría referir dos de los elementos objetivos de la responsabilidad por el mando internacional. Uno de ellos es la calidad de superior militar, dado que contiene dentro de su redacción la autoridad y obediencia que en la practica demuestra al sujeto que será superior militar de *facto*⁴⁹⁵, sin que ello signifique la exclusión de la figura del superior militar de *iure* como si sucede con los superiores civiles, pues el objetivo mismo del código es la ilustración formal en el comportamiento del mando militar.⁴⁹⁶ Denota igualmente, la existencia del mando y control o la autoridad y control efectivo al hacer mención al mando y a la autoridad, este fue un acierto del legislador colombiano pues contrario al planteamiento dogmático del Estatuto, equipara ambos conceptos a la existencia del control militar sin que esto signifique la concurrencia de niveles diferentes de superior militar, como si puede suceder dentro de la clasificación realizada en el Estatuto de Roma, al incurrir en cargas mayores para la clasificación intencional de los superiores militares.⁴⁹⁷

1.2. “RESPONSABILIDADES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.”

Esta obligación de conducta infiere la existencia de la responsabilidad cuando le corresponde al militar asumir una acción dirigida a evitar la comisión de un delito⁴⁹⁸ por parte de sus subordinados, es decir enmarca la adopción de medidas necesarias para evitar la realización de los actos criminales dejando por fuera las dos medidas restantes que son la represión y el poner en conocimiento el asunto a las autoridades competentes; por lo tanto se encontrará

⁴⁹⁴ Numeral 3 Artículo 16. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

⁴⁹⁵ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren Op. Cit P.334

⁴⁹⁶ Artículo 3 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

⁴⁹⁷ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit. Art. 28

⁴⁹⁸ Numeral 4 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

solo en el momento anterior a la comisión del crimen y no durante la ejecución del mismo o posterior a la realización de este.⁴⁹⁹

De igual forma, hace alusión exacta a la autoridad y control efectivo como vinculo de sumisión en la relacion superior-subordinado; sin diferenciar ambas instancias de control al no imponer niveles diferentes entre el mando y la autoridad, esto quiere decir que tanto el requisito objetivo de falta de adopción en las medidas razonables y el exigido en la ostensión del control efectivo dentro del mando y autoridad se presentan en la relación del mando militar, observándose siempre dentro del momento anterior al *iter criminis*.

De igual manera, la relación o deber de cuidado que ostenta el militar jerarquizado no solo recae sobre los derechos y libertades del territorio nacional, si no que por el contrario se extiende a todo el ámbito de competencia para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, lo que quiere decir, que será la protección eficaz de las normas del DIH.⁵⁰⁰

Será entonces la normativa que indica la protección que debe ser prestada y respetada por los servicios de la fuerza publica y sobre los cuales deberán responder al ostentar deberes de cuidado derivados de su posición de garante.

⁴⁹⁹ WERLE GERHARD *et al.* Op.Cit. P.397. Ver Tambien: AMBOS KAI. op. cit. P.430

⁵⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018 Caso Hector Martin Pita Vásquez; Colombia: 2018.P.79

1.3. “UNIDAD DE ACCIÓN.”

Al imponer la unidad de acción dentro de las obligaciones del sujeto quien ostenta el mando y autoridad exige el permanente contacto con sus tropas subordinadas⁵⁰¹, lo que aluce directamente al requisito de la parte *mens rea* en el cual el superior sabia o debía saber que los subordinados procedían a cometer actos delictivos.⁵⁰² Permeando los aspectos subjetivos de la responsabilidad por el mando, aunque sea solo en el área disciplinaria.

Dentro de la exigencia de unidad de acción, se localizará el conocimiento o el deber de conocimiento por parte del superior respecto a las acciones, es decir hay un deber legal/disciplinario que exige la plena consciencia o en su defecto el deber que infiere tener el conocimiento como requisito perteneciente al aspecto subjetivo del autor, siempre encasillándolo dentro de la omisión de su actuar en el estándar objetivo de su responsabilidad. Deber que será usado como regla general y que podrá variar dependiendo del momento practico en el que se encuentre la posición y las acciones disponibles del superior jerárquico. Es decir, teniendo el deber de conocimiento o el conocimiento real sobre las circunstancias que apremian su intervención.

1.4. “CAPACIDAD DE DECISIÓN, INICIATIVA Y CREATIVIDAD.”

Dentro de la exigencia dirigida a la capacidad de decisión en unión a los aspectos de iniciativa y creatividad se permite enlazar tal obligación con las de adopción de las medidas necesarias y razonables del Art. 28 del ER, hallar toda decisión que se encuentre a su alcance, haciendo

⁵⁰¹ Numeral 7 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

⁵⁰² Decisión de confirmación de cargos en el caso bamba, párr..438. Citado por: OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P. 806

uso de todas aquellas medidas que incluso puedan estar legalmente fuera de su ámbito formal de acción, siempre y cuando atienda a las exigencias fácticas del momento.⁵⁰³

Si se hace la lectura conjunta de la obligación N° 4 el cual menciona la obligación dirigida a la evitación de la comisión de delitos por parte de los subordinados, se conecta la capacidad de decisión con este momento ex ante a la comisión de los delitos, es decir es una obligación que surge paralelamente con la evitación del resultado, en el momento anterior a la ejecución de los crímenes.⁵⁰⁴

Por lo que serán obligaciones que de manera contigua deben ser aplicadas por el superior militar para evitar incurrir en algún tipo de responsabilidad disciplinaria, tal cual como sucedió dentro del proceso de responsabilidad penal llevado a cabo para judicializar las omisiones realizada en la masacre del salado, “dejando de actuar conforme al mandato constitucional que imponía contrarrestar las acciones lesivas que fueron ejecutadas”⁵⁰⁵ es decir optando por ajustarse al accionar mínimo sin hacer uso de las herramientas practicas y legales para impedir y castigar los delitos cometidos.

1.5. “EJERCICIO DE LA AUTORIDAD.”

La ley hace alusión a ejercer la autoridad manteniendo las ordenes del sujeto que ostenta el mando militar con control y siempre con la posibilidad de cambiarlas si las circunstancias del momento lo ameritan,⁵⁰⁶ este es otro de los preceptos dentro de los cuales se matiza la

⁵⁰³ Numeral 7 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. Op. cit. ver tambien OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P. 803

⁵⁰⁴ WERLE GERHARD *et al.* Op.Cit. P. 399. Ver Tambien: GARROCHO SALCEDO, y GÓMEZ BENÍTEAZ. op. cit. P. 172.*

⁵⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. P. 37

⁵⁰⁶ Numeral 9 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op cit.

exigencia del artículo 28 del ER en cuanto a tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre los subordinados, así como fue explicado en las obligaciones anteriores, sin embargo es necesario aclarar que cuando se utiliza la acepción autoridad es posible que dentro del uso de la misma aparezca ejercida por un subordinado que no ostente la calidad de superior de *iure*.⁵⁰⁷ es decir vuelve a ser la obligación de mando la referencia mas próxima al uso del mismo por cualquier sujeto que dentro de los aspectos materiales de su actuar reúna los elementos objetivos y subjetivos necesarios para tener la responsabilidad disciplinaria dentro de la estructura militar, marcando nuevamente que el aspecto formal no prima sobre las circunstancias materiales de los hechos, ni mucho menos sobre los sujetos que ostenten el control efectivo sobre situaciones críticas que ameriten un actuar inmediato.

Aspecto que debe ser tomado en cuenta de manera mas coercitiva por parte del juez colombiano, ya que en muchos casos opta por ajustarse a un principio de legalidad rígido sin haber observado las circunstancias fácticas del caso.⁵⁰⁸

1.6. “TOMA DE DECISIONES.”

Dentro de la toma de decisiones se encuentra la mención explícita a la omisión en el actuar por parte del subordinado, ninguna razón presta merito suficiente para excusar la falta de acción en el superior jerárquico cuando la ocasión amerita la intervención por parte de este.⁵⁰⁹ Lo que se entiende como un deber legal de actuar, incluyendo todos los requisitos exigidos dentro de la Responsabilidad por el mando internacional, haciendo hincapié en el deber de

⁵⁰⁷ WERLE GERHARD *et al.* Op.Cit. P. 383-384. Ver también: AMBOS, Kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. 1999. P. 421

⁵⁰⁸ * De ello se puede dar cuenta dentro del caso Plazas Vega, en medio del cual la Corte Suprema de Justicia solo analiza el mando o autoridad legal sin haber hecho observancia los sucesos; situación que, aunque no habría demostrado quizás su responsabilidad por el mando, si habría dado mayor claridad al desarrollo de la figura de la responsabilidad por el mando en los militares que tenga el control de *facto* y no de *iure*. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. ;SP17466-2015. op.cit

⁵⁰⁹ Numeral 10 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op cit.

acción que reposa bajo la exclusiva responsabilidad del superior jerárquico. Ello, teniendo pleno conocimiento de lo sucedido dentro de sus tropas y apoyándose en la información sobre la cual tenga disponibilidad. Es decir, subraya la importancia del conocimiento como aspecto subjetivo en sus dos vertientes, el conocimiento material de los hechos y el deber de conocimiento por ser superior jerárquico para poder tomar las decisiones, acorde a los sucesos, tal cual como se desarrolla dentro del Estatuto de Roma para los superiores militares de *iure* o de *facto*.⁵¹⁰

Dicho requisito disciplinario puede verse reflejado dentro de la jurisprudencia colombiana, concretamente en el caso del Capitán de Corbeta Hector Martin Pita Vásquez, judicializado por la masacre del Salado, toda vez que dentro del actuar espacio- temporal podía tomar decisiones encaminadas al seguimiento de los grupos paramilitares y posteriormente entregarlos a la justicia, ya que dentro del aspecto espacial del *iter- criminis* los sucesos delictivos ya habían sido cometidos pero aun quedaba la responsabilidad por la omisión posterior a la toma de decisiones como el reprimir o remitir el asunto a las autoridades competentes para su efectivo castigo penal.⁵¹¹ Omisión que dentro del plano disciplinario genera cargas y responsabilidad disciplinaria en la que posiblemente dentro de un proceso penal llegue a demostrarse la responsabilidad delictiva del sujeto que por tener el control efectivo debía tomar decisiones que conllevaran la represión misma de los delitos que habían sido cometidos.

1.7. “RAZONAMIENTO DE LAS ORDENES.”

El inciso 11 extiende el razonamiento de las ordenes para “*facilitar su comprensión y la colaboración consciente y activa de sus subordinados*” esto implica la referencia exacta a la

⁵¹⁰ *Ibíd.*

⁵¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. P.4. 21

razón determinada dentro del ii) a) del Art. 28 del ER razonabilidad para tomar las decisiones acordes con los aspectos materiales del tiempo, presentado como la coherencia entre el cargo de *iure* o de *facto* del superior con las medidas materiales que tenga a su alcance y opte por tomar.⁵¹² El razonamiento de las ordenes será por consiguiente las medidas que dentro del aspecto formal se encuentren al alcance del superior para poder hacer uso de ellas y que dentro del aspecto material puedan ser plenamente usadas para evitar la comisión de delitos a manos de los subordinados.⁵¹³

Será el razonamiento de las decisiones el factor subjetivo determinante para catalogar incluso una futura responsabilidad penal del superior que ostente el control, aspecto que aunque se maneje dentro de un aspecto hipotético plausible, llega a ser determinante de la acción u omisión que genere la responsabilidad penal.

1.8. “TRANSMISIÓN DE LAS ORDENES” A TRAVÉS DE SUS INMEDIATOS SUBORDINADOS.

Contar con la existencia de un grupo jerárquicamente organizado dentro de la estructura militar vislumbra la presencia de la calidad de superior militar que se tenga,⁵¹⁴ será así gracias a la calidad de superior y a la estructura organizada como podrá transmitir las ordenes impartidas, es decir es necesario el aspecto organizacional dentro del mando militar para que sea percibible la calidad de superior jerárquico, aspecto que confirma la existencia de la misma calidad de superior dentro del sujeto que tiene formal o materialmente el mando militar.⁵¹⁵

⁵¹² WERLE GERHARD *et al.* op.cit. P. 399.

⁵¹³ GARROCHO SALCEDO, y GÓMEZ BENÍTEZ. op. cit. P. 172.

⁵¹⁴ Numeral 11 Artículo 16. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. op. cit.

⁵¹⁵ APONTE CARDONA, Alejandro David. Persecución penal de crímenes internacionales : diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Pontificia Universidad Javeriana ; Fundación Konrad Adenauer, 2011.210. 240.

Es por medio de las distintas obligaciones de mando militar incluidas dentro del Art. 16 de la L. 1862 de 2017 como se percibe los diferentes elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad por el mando en el Estatuto de Roma, no obstante es de aclarar que las responsabilidades derivadas de una y otra norma son distintas, por cuanto la L.1862 es disciplinaria y no incluye explicación que remita a la responsabilidad penal, sin embargo a pesar de no contar con un título de imputación penal si será referente para que en conjunción de ambas normas se pueda hacer un futuro un sistema integral de disciplina penal para el superior militar, sin que se excluya al civil cuando este sea efectivamente quien ordene y tenga a su mando una estructura jerárquica de poder armado.⁵¹⁶

Como consecuencia, en la actualidad para lograr la imputación penal se tendrá que hacer uso de las figuras de autoría y participación tenidas dentro del Código Penal Colombiano y así imputar de manera un poco aproximada cualquier omisión realizada por el superior militar.⁵¹⁷ Pareciera entonces que la responsabilidad por el mando en Colombia aparte de no ser regulada de manera idónea como una forma de autoría y participación en la comisión de delitos, deja también por fuera de su órbita la posibilidad de imputar la omisión penal a aquellos que ostenten la calidad de superiores y tengan efectivo mando sobre las filas a su cargo.⁵¹⁸ Es así como la Corte Suprema de Justicia ha venido manejándolo, empero es de resaltar como estudia el uso de la comisión por omisión bajo la órbita de la posición de garante, cuando teniendo el deber jurídico de impedir un resultado, no evitándolo y pudiendo evitarlo se equivale a la acción misma de producirlo.⁵¹⁹ Conjugando las figuras tradicionales

⁵¹⁶ * Como fue abordado por la CSJ, que a pesar de no poder cambiar el título de imputación penal, aclara que dentro de las circunstancias fácticas del proceso existía la responsabilidad penal por comisión por omisión en calidad de autor, conjugando los deberes constitucionales y legales disciplinarios con la figura de la comisión impropia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. P. 74
DÍAZ MARTÍNEZ, Juan José. op. cit.

⁵¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017. Op. cit *La ley 1862 del 2017 hace especial y única mención a la responsabilidad y deberes de los militares, haciendo omisión explícita de los civiles que ejecuten superioridad de facto ante organizaciones militares al margen de la ley.

⁵¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. P. 74

de la autoría con el desarrollo de la omisión impropia o comisión por omisión. Provisiona así material jurídico necesario para llevar un buen juicio penal.

2. CÓDIGO PENAL MILITAR Y LOS MATICES DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

La ley 1407 de 2010 desarrolla el Código Penal Militar, y como bien se ha resaltado de manera previa, aunque no exista una referencia expresa sobre la responsabilidad por el mando, hay figuras dentro de este código que posibilitan la imputación penal por omisión realizada por el superior militar.

En observancia al articulado del código, se halla que el artículo 27 del CPM⁵²⁰ el cual establece la posibilidad de imputar los delitos descritos en el código por acción u omisión.

“ARTÍCULO 27. ACCIÓN U OMISIÓN. <Artículo modificado por el artículo 99 de la Ley 1765 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciere, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal.

⁵²⁰ ARTÍCULO 27. ACCIÓN U OMISIÓN. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1407 DE 2010; Por la cual se expide el Código Penal Militar. (Ago17,). 2010.

A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.”

El CPM contempla la omisión impropia o llamada comisión por omisión como tipo penal abierto⁵²¹ lo cual quiere decir que no se sujetará la omisión a conductas típicas descritas, si no por el contrario será aplicado siempre y cuando exista el deber legal de actuar para evitar la comisión de un resultado punible. Planteado ello, si se atiende al alcance literal del artículo se logra determinar que el miembro de la fuerza pública debe evitar la comisión de un resultado delictivo siempre y cuando se encuentre dentro de la órbita funcional y demostrando que este tenía efectivamente el control sobre la persona a su cargo y la obligación legal de proteger el bien jurídico que se ve lesionado.⁵²²

Para lograr imputar un resultado criminal contra el superior que tenía la obligación de reprimir ese resultado, se hace necesario por lo tanto reunir los siguientes requisitos:

1. Competencia funcional para impedir la realización de los delitos
2. Control efectivo para poder desplegar la acción encaminada a evitar los delitos,
3. Deber jurídico de evitar resultado,
4. Disposición de recursos y medios para hacer uso de ellos como móviles adecuados para evitar la comisión del delito,

⁵²¹ VARGAS LANCHEROS, José Álvaro. Aproximaciones al delito de omisión en las fuerzas militares : homicidio en persona protegida, participación en hostilidades, imputación objetiva, coautoría fuero militar. segunda edición. ed. Ediciones doctrina y Ley, 2014. P. 32

⁵²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. P. 74

5. Protección real y efectiva del bien jurídico o la vigilancia de la determinada fuente de riesgo (conocimiento)⁵²³

A pesar de no estar descrita de forma clara la responsabilidad por el mando dentro del CPM, se logra observar que hay concurrencia en los elementos del artículo 27 del Código Penal Militar y en los referidos en el artículo 28 del ER en cuanto a las capacidades de activas que se tengan para intervenir en la comisión de un delito, e igualmente el conocimiento de los actos que se disponen o están siendo realizados. Elementos que ameritan su estudio dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que puede relacionarse con los exigidos dentro de los lineamientos internacionales como se verá inmediatamente.

⁵²³ ARTÍCULO 27. ACCIÓN U OMISIÓN. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1407 DE 2010 *a) “Tener conocimiento del riesgo que podría sufrir o sufre el bien jurídico protegido.

b) El deber de actuar debe estar estrechamente relacionado con las capacidades funcionales, materiales y territoriales.

c) Debe contar con los recursos necesarios para reprimir o impedir la conducta penal.

d) La necesidad de acción se predica de las funciones a su cargo y no precisamente del grado jerárquico que tenga el responsable.” VARGAS LANCHEROS, José Álvaro. op.cit. P. 65-68 Contrario a la opinión del autor, en la lectura del artículo 27 se puede observar gran parte de las exigencias dadas dentro del Estatuto de Roma en la responsabilidad por el mando, como lo son la competencia funcional del superior para intervenir, la obtención del control efectivo para evitar la comisión de delitos, la existencia del deber jurídico para evitar resultados lesivos, la disposición de recursos y medios necesarios para frustrar los actos belicos y la protección real y efectiva del bien jurídico como resultado de poner en práctica los anteriores deberes mencionados, ello se sustrae de la lectura primaria del artículo 27 del Código Penal Militar.

2.1. COMPETENCIA FUNCIONAL PARA IMPEDIR LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS.

La competencia funcional es aquella por medio del cual se describen los deberes, obligaciones y derechos que tiene el agente militar sin importar su cargo, será siempre el marco material por medio del cual debería ajustarse el actuar del funcionario publico, en este caso superior militar.⁵²⁴

Aspectos que deben ser conocidos por el sujeto que presta la función de protección militar al estado; por lo tanto, debe encontrarse su actuar acorde con las distintas directrices internacionales y nacionales referidas a los combates y protecciones de la población civil, como lo son el conocimiento por las normas de los derechos humanos, aspectos concretos del objetivo militar, conocimiento de los principios del derecho internacional humanitario, y los actos descritos mediante los cuales se explican las acciones específicas de su labor militar.⁵²⁵

Si dentro de los deberes y derechos internacionales y nacionales existe la obligación de evitar la comisión de delitos de gran envergadura como lo son aquellos sobre los cuales la CPI tiene competencia, es obligación del superior jerárquico militar ceñirse a tales directrices para llevar una ejecución militar acorde con el derecho internacional humanitario, esto indicaría por lo tanto la existencia de la calidad de superior jerárquico sobre la cual reposa la observancia y cuidado de sus tropas.⁵²⁶

⁵²⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Régimen penal de la función pública: de acuerdo al nuevo código penal (Ley 599 de 2000), doctrina y jurisprudencia. 2a edición corregida y aumentada. ed. Ediciones Librería del Profesional, 2002.P. 145

⁵²⁵ VARGAS LANCHEROS, José Álvaro. op.cit. P.86

⁵²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P. 82-85

Con lo anterior se podría conectar el cumplimiento de uno de los requisitos exigidos por el Estatuto de Roma en la responsabilidad por el mando, el cual es tener la calidad de superior jerárquico, será este por lo tanto quien tenga y deba tener pleno conocimiento de los aspectos funcionales y materiales por medio del cual se desempeñan sus subordinados.⁵²⁷

La calidad de superior jerárquico militar será de *iure* generalmente por tratarse de cargos que previamente han sido designados de manera formal dentro de las instituciones militares colombianas, sin embargo, esto no quiere decir que cuando las circunstancias del momento varíen y el sujeto que no tenga tal calidad adopte materialmente las actuaciones propias de un superior militar no pueda tener la categoría de superior jerárquico, lo será de *facto*.⁵²⁸

Así las cosas, la única diferencia con el Estatuto de Roma respecto al requisito de relacion superior- subordinado será la falta de presencia en la categoría de los civiles por tratarse el Código exclusivamente de las relaciones de mando militares.

⁵²⁷ *Resultado que se deriva de la lectura conjunta de la norma estudiada con el artículo 28 a) i) del ER. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

⁵²⁸ **Como aparentemente fue entendido por el tribunal de segunda instancia dentro del proceso del general Plazas Vega en medio del cual se consideró responsable penalmente por tener dominio y control de los hechos acusados de manera material. “como autor mediato en estructuras organizadas de poder por el delito de desaparición forzada en Irma Franco Pineda y Carlos Augusto Rodríguez Vera. “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-17466-2015. op.cit.

2.2. CONTROL EFECTIVO PARA PODER DESPLEGAR LA ACCIÓN ENCAMINADA A EVITAR LOS DELITOS.

Contrario a la disposición internacional del ER, el legislador colombiano decide aplicar solo el concepto control dejando de lado aquellos referidos al mando y autoridad, este es sin duda uno de los pocos aciertos en cuanto a los intentos de normativización de la responsabilidad por el mando en Colombia, aclarando que será tomado no bajo esta categoría si no bajo la categoría de comisión por omisión.

Se exalta la utilización del concepto de control como único elemento necesario para lograr hablar de responsabilidad por el mando, ya que no existe motivo jurídico para hacer uso de dos conceptos que extraterritorialmente sirven para diferenciar dos calidades diferentes de superiores, es decir el superior militar y el superior civil, aun más cuando en el practica ambos conceptos arrojan un mismo resultado material y es el efectivo control sobre las actuaciones de sus subordinados, como ha sido señalado dentro de la misma jurisprudencia de la CPI, haciendo uso tanto del mando como de la autoridad para determinar que el elemento definitivo dentro de la responsabilidad por el mando es el control.⁵²⁹

El control será al aspecto material que determine por lo tanto la realidad del momento y la capacidad de actuar que tenga el militar como superior jerárquico, es decir remitiéndose a los aspectos probatorios independientemente de los deberes formales que reposen bajo su responsabilidad.⁵³⁰

⁵²⁹ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803. op.cit

⁵³⁰ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309. op.cit * así, también es tomado por la CPI que enfoca cada vez más el uso de un solo termino para englobar el mando y autoridad

2.3. DEBER JURÍDICO DE EVITAR RESULTADO LESIVO POR SUS TROPAS.

Aunque dentro del CPM no se detalle de forma taxativa este deber como la obligación de impedir la comisión de los delitos por parte de sus subordinados, si se analiza esta premisa bajo la sombra de la exigencia internacional en la obligación de impedir, reprimir, y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes cuando no se tenga la competencia formal o material para reprimir o castigar el acto bélico.⁵³¹

El artículo 27 del CPM solo menciona un deber, y es la evitación del resultado lesivo así como fue también tratado dentro del CDM; esta situación aparentemente parece permitir que no se juzgue ni investigue actos que efectivamente se lleven a su comisión y que no hayan sido castigados por parte de los superiores al mando, sobre los cuales se plantea el deber de conocimiento sobre los actos cometidos.⁵³²

El excluir las ultimas dos obligaciones del Estatuto de Roma, hace que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se note un aspecto tendiente a la impunidad, toda vez que desde el punto de vista temporal solo se estaría en una posible responsabilidad penal por el mando siempre y cuando no haya sido cometido el delito, pues el vocablo evitar⁵³³ refiere

⁵³¹ LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803. op.cit sobre tal requisito también existe pronunciamiento jurisprudencial colombiano, desencadenado por el suceso dentro del Palacio de Justicia en el año de 1985 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP3956-2019 Rad.46382. Colombia: 2019.P. 30-40

⁵³² * Aunque dentro de la practica misma si se castigue la falta de represión o el poner el asunto al conocimiento de las autoridades competentes, empero no bajo la óptica de la comisión por omisión si no como el resultado de la imputación de las figuras tradicionales de autoria y participación. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit.

⁵³³ ** Evitar:: Del lat. *evitāre*. **1.** tr. Apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda. **2.** tr. Excusar, huir de incurrir en algo. **3.** tr. Huir el trato de alguien, apartarse de su comunicación. RAE. Real Academia Española. op.cit

explícitamente al momento en que se impide el acto criminal que pretende ser cometido por el subordinado.

El legislador consideró solo este momento anterior a la comisión del delito como el importante para tener un mayor resultado y es la frustración del delito, empero en el ámbito práctico penal cuando se haga remisión al articulado del Código Penal Militar podrá erróneamente el juez excusar la inacción posterior del superior militar en la ausencia de tipicidad para endilgar al presunto responsable por su omisión en el actuar cuando posteriormente haya tenido conocimiento de los delitos y no hubiese realizado ninguna conducta para castigar el mismo y de esta manera abrir la competencia internacional de la CPI al no realizar el juzgamiento bajo los miramientos o estándares mínimos internacionales dando pie al ejercicio de la jurisdicción de la CPI complementaria.⁵³⁴

Lo anterior, remite automáticamente a la perspectiva de la causalidad, y aunque dentro de la omisión como regla general no se pueda predicar su aplicación, respecto a sucesos futuros en el ejercicio del mando si, y ahí radica la importancia misma de los deberes de represión y conocimiento por parte de las autoridades competentes, pues al no existir una referencia penal específica por la falta de uso de estos dos deberes faculta en un futuro se percate “tolerancia” en los actos delictivos de los subordinados anteriores y motive la comisión de posibles actos similares; quedando dentro del aspecto de la impunidad las omisiones que de manera directa infunden en una acción penal futura.

Es por ello, la fehaciente necesidad de recalcar los constantes errores normativos del legislador por dejar de lado figuras tan importantes como lo son el deber de reprimir y poner

⁵³⁴ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit.

en conocimiento a las autoridades competentes,⁵³⁵ pareciese que dentro de *iter criminis* no existiera responsabilidad penal posterior a su comisión lo cual es errado y conlleva la falta de penalización de acciones u omisiones que merecen ser provistas de una pena.

2.4. DISPOSICIÓN DE RECURSOS Y MEDIOS PARA HACER USO DE ELLOS COMO MÓVILES ADECUADOS Y EVITAR LA COMISIÓN DEL DELITO.

La disposición de los recursos y medios, es la mención exacta encontrada dentro del Art. 28 del ER como la obtención de medidas necesarias y razonables.⁵³⁶ El disponer de recursos y medios hará que el superior militar deba hacer uso de todas aquellas acciones que materialmente se encuentren a su alcance, aunque eso signifique que se encuentren por fuera de su órbita formal.

De la misma manera, deberá predicarse el uso de los recursos y medios necesarios para evitar el resultado penal de una manera *ex ante*⁵³⁷, así como se explico de manera inmediatamente anterior será solo posible este aspecto en el momento previo a la ejecución del delito a mano de los subordinados al mando como autores materiales.⁵³⁸

⁵³⁵ ARTÍCULO 27. ACCIÓN U OMISIÓN. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1407 DE 2010.op.cit.

⁵³⁶ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit. * Art. 28: A) ii) “No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

⁵³⁷ WERLE GERHARD *et al.* Op.Cit. P. 399. Ver Tambien: GARROCHO SALCEDO, y GÓMEZ BENÍTEZ. op. Cit. P. 172

⁵³⁸ ** llamado dentro de la jurisprudencia de la CJS nexo de evitación del resultado. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit..P.80

Este requisito también influye en la categoría del superior militar, al incluir la disposición de los recursos y medios y no la disposición legal-formal de sus acciones permite que se de cabida a la aplicación de la categoría de superior militar de *facto*.

Es por ello necesario tener claridad en uno y otro requisito exigido para poder interconectarlos y formar un concepto solido de responsabilidad por el mando asemejado al usado dentro de la Corte Penal Internacional.

2.5. PROTECCIÓN REAL Y EFECTIVA DEL BIEN JURÍDICO O VIGILANCIA DE LA DETERMINADA FUENTE DE RIESGO.

Todas las figuras jurídicas de imputación penal hacen necesario la presencia de requisitos objetivos subjetivos, la comisión por omisión no es la excepción. La referencia al conocimiento involucra el cumplimiento del requisito exigido por el *mens rea* dentro del ER;⁵³⁹ no obstante, hay que vincular este conocimiento positivo dentro las interpretaciones doctrinales en el ámbito nacional para comparar que tan acertado está el ordenamiento jurídico colombiano respecto de las exigencias internacionales.

El deber de conocimiento sobre la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico tutelado cambia cuando quien tiene el deber de conocimiento es una persona natural ciudadano del común o cuando radican en cabeza de entes militares; en el CPM deberá el superior militar tener siempre un efectivo conocimiento sobre las labores que desempeña los subordinados de su tropa, pues asume voluntariamente el cuidado de una

⁵³⁹ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit. Art 30.

fuente de riesgo y es protección a la población colombiano,⁵⁴⁰ admitiendo los posibles encuentros militares que en cumplimiento de su labor pueden ocurrir.

Deberá por lo tanto tener conocimiento efectivo sobre los actos o en su defecto debía haber sabido debido a los aspectos funcionales por los que se desenvuelve, que sus tropas se propinan cometer actos criminales y ejercer una posición de garante extendida a raíz de su posición militar y los cargos constitucionales para asegurar la vida y honra de los ciudadanos.⁵⁴¹

Cada uno de los requisitos que se lograron encasillar a las directrices internacionales demuestran que efectivamente si hay un rezago (aunque vano) de responsabilidad superior por el mando dentro del ordenamiento jurídico colombiano ejemplo de ello ha de ser la sentencia que cataloga bajo el título de autor en comisión por omisión al General Uscátegui⁵⁴²; sin embargo no existe de forma tacita la mención a ella, facultando una posible impunidad cuando dentro de las figuras tradicionales de responsabilidad penal tomadas de la ley 599 de 2000 no se logre probatoriamente enmarcar una acción u omisión por parte del superior jerárquico militar.

Así las cosas y haciendo unión de la unión de conceptos traídos en el CPM y en la L. 599 de 200 se logrará dilucidar de qué manera se facilita la vinculación de los máximos responsables militares y civiles por la comisión de delitos de estudio internacional y cuales son las falencias en ellos.

⁵⁴⁰ VARGAS LANCHEROS, José Álvaro. op.cit. P. 75.

⁵⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P.82-85.

⁵⁴² * Dicha sentencia refleja el uso compilado de las distintas normas expuestas que tanto disciplinaria como penalmente llegan a configurar una aproximación de la responsabilidad por el mando, destacando dentro de la misma que su naturaleza jurídica atiende a la comisión por omisión es decir una omisión impropia. Ibíd.

3. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS DE IMPUTACIÓN PENAL COMO MAXIMO RESPONSABLE DENTRO DE LA LEY 599 DE 2000.

La ley 599 de 2000 por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano, toma partida de eliminar el concepto unitario de autor y decide el legislador diferenciar entre autoría y participación de manera subsiguiente.

Es así, como en el artículo 29⁵⁴³ del mencionado código se da extensión a las distintas formas de autoría que se presentan dentro del ordenamiento jurídico colombiano tales como la autoría directa, la autoría mediata, la coautoría, y la responsabilidad del representante de las personas jurídicas, todas estas encajando en los modelos utilizados en la CPI para juzgar a los máximos responsables.

Como ya bien se ha expresado, la falta de una referencia específica para desarrollar el tema de la responsabilidad por el mando en la legislación Colombiana, obliga a que se haga uso de aquellas figuras de autoria mediante las cuales la ejecución material del delito pueda ser cometida por una persona ajena al autor principal o llamado máximo responsable ya sea a través de una acción u omisión, es así como se hará empleo de la autoria mediata, coautoría,

⁵⁴³ **ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible. COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000; Por la cual se expide el Código Penal. (Jul,24,). 2000.

y la comisión por omisión, para si lograr formar un concepto unitario de responsabilidad por el mando finalmente.⁵⁴⁴

3.1. ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO INTERNACIONAL EN LA FIGURA JURÍDICA COLOMBIANA DE LA AUTORÍA MEDIATA.

La autoría mediata es la ejecución de la conducta punible con utilización de un instrumento para que sea este último quien realice materialmente el hecho.⁵⁴⁵

La estructura en que se redacta la autoría mediata exige la presencia mínima de dos sujetos⁵⁴⁶ activos, la del hombre de atrás, pues es quien realiza el hecho a través del instrumento, sin formar parte de la ejecución material del delito y la del hombre de adelante o bien llamado el autor material del hecho punible quien es el que ejecuta efectivamente la conducta descrita penalmente.⁵⁴⁷

El autor mediato no realiza ejecución físico-corporal alguna, él no ha efectuado la acción sin embargo es el autor de la conducta punible lo que sugiere la presencia e imputación del delito

⁵⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit. *Como sucedió dentro del caso que judicializó la masacre del salado dentro del cual la CSJ pone de presente el uso de la comisión por omisión para integrar un concepto de responsabilidad por el mando, pero que debido a su anterior juzgamiento fue condenado por medio de la imputación a título de cómplice del delito de homicidio agravado.

⁵⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000. op. cit.

⁵⁴⁶ *Algunos autores como Hernández Esquivel, definen la autoría mediata a través de la presencia mínima de tres personas: el sujeto de atrás, el instrumento utilizado y el sujeto pasivo que es la víctima. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* Lecciones de derecho penal. [e-book] : parte general. Segunda edición. ed. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011.P.278

⁵⁴⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. Autoría mediata en derecho penal: formas de instrumentalización. Comentario al artículo 29, inciso primero del código penal que estableció esta nueva forma de autoría; En: NUEVA EPOCA. Ago.,no. 20, p. 127.

como máximo responsable. Es decir, el autor material es el instrumento quien tiene a su cargo la ejecución del delito, mas no la dirección del mismo.⁵⁴⁸

Se está en presencia, por lo tanto, de autoría mediata cuando existe un grado mínimo de voluntad en el instrumento utilizado para ejecutar le hecho. Es decir, quien tiene el dominio del hecho en el curso causal de la acción él es sujeto de atrás pues domina la voluntad del hombre de adelante.⁵⁴⁹

Para que se logre imputar al llamado hombre de atrás que es quien ostenta el manejo real de la situación criminal, se hace necesario:

1. Que, a través de la acción previa, el autor haya facilitado el comportamiento del instrumento,
2. Que haya dispuesto una conexión entre la situación del acto tipificado y la emisión de la orden al instrumento,
3. Que el hombre de atrás haya omitido cualquier acción que frustraría la comisión del delito.⁵⁵⁰

Lo anterior, hace referencia a la posibilidad del hombre de atrás para impedir la comisión del delito por parte del instrumento y así hacer posible la imputación objetiva. El autor mediato es, por lo tanto, aquel que se sirve de otro sujeto como instrumento para llevar acabo de

⁵⁴⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata / The Structure of Indirect Perpetration. En: REVISTA DE DERECHO (VALPARAÍSO). no. 34, p. 386

⁵⁴⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS. op. cit. P. 127.

⁵⁵⁰ JACKOBS, Günther, strafrecht allgemeiner. Citado por: MAÑALICH, Juan Pablo. op.cit. P. 396.

acción penal, sin siquiera hacer presencia física en el momento en que inicia la ejecución del delito.⁵⁵¹

Inicialmente, la figura tiene cabida para catalogar como autor real a quien es considerado como el hombre de atrás, pues el instrumento se presenta en el plano material sin dominio alguno de la situación para algunos autores, sin embargo, existe la posibilidad que aquel sujeto usado como instrumento tenga también responsabilidad penal, llamado el autor detrás del autor.⁵⁵²

A simple vista pareciera que dentro de los requisitos exigidos en la autoría mediata en el ordenamiento jurídico colombiano no existiera similitudes con la figura de responsabilidad por el mando desarrollada dentro del Estatuto de Roma; sin embargo, ello no es así, así como el ER no determina la imputabilidad del sujeto material del delito “*sea éste o no penalmente responsable*”, de igual manera lo hace la L. 599 de 2000 en el Art. 29 “*utilizando a otro como instrumento*” sin hacer mención alguna a la responsabilidad penal del sujeto que comente los requisitos objetivos del delito, es decir plantean la posibilidad de que el autor material o instrumento sea o no sea penalmente responsable, anexo a ello en los tres requisitos exigidos dentro de la autoría mediata se plasman coincidencias entre una y otra figura como lo son:⁵⁵³

1. Causalidad: aunque la CPI haya decidido hacer mención a la causalidad como requisito prescindible siempre y cuando no sea motivo de futuros sucesos delictivos por los subordinados del máximo responsable, dentro de la autoría mediata es necesaria la presencia de la causalidad considerando esa acción previa como la

⁵⁵¹ APONTE CARDONA, Alejandro. op.cit. P. 239

⁵⁵² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* op.cit. P.276.

⁵⁵³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel and RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano. Parte General; 1st ed. Bogotá D.C: Ibáñez, 2011. P.512

omisión necesaria para facilitar el comportamiento penal del autor material; es decir, de haber puesto en marcha cualquier conducta necesaria y razonable para impedir el resultado lesivo, hubiese sido posible frustrar la comisión del delito.

2. Omisión al impartir una orden: dentro el segundo requisito de la autoría mediata es factible sustituir la emisión de una orden por la omisión al impartir una orden necesaria, nuevamente la conexión necesaria para facultar la comisión de los crímenes engloban todas las acciones para impedir el resultado lesivo por parte del autor material, teniendo aun la posición de superior jerárquico y encontrándose facultado de *iure* o *facto* para emitir cualquier orden que fuese acorde con los lineamientos internacionales y nacionales para la defensa del DIH.
3. Omisión y conocimiento: el tener conocimiento sobre las acciones ejecutadas por el autor material o llamado instrumento que realiza el delito, desemboca en la necesidad efectiva que recae sobre el superior civil o militar en haber conocido o el deber de tener un conocimiento real cuando dentro de las circunstancias específicas sea factible tener el aspecto cognitivo acorde con la realidad.⁵⁵⁴

Hacer tal similitud es forzosa pues, dentro de los instrumentos normativos del sistema legislativo colombiano no se localiza mención taxativa a la responsabilidad por el mando, facultando la presencia de la impunidad judicial cuando probatoriamente no se logre demostrar la acción penal cometida por el superior jerárquico sea militar o civil.

Es cierto, que son figuras independientes y que atienden a razonamientos dogmáticos distintos, empero denotan ambas la vinculación penal de un sujeto como máximo

⁵⁵⁴ Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Proceso Rad 2000, Oct 3 de 2005. P. 136 y ss. Citado por: APONTE CARDONA, Alejandro. op.cit. P. 242

responsable, así mismo como ha sido entendiendo dentro de la jurisprudencia de la CPI como fue demostrado dentro del capítulo previo.⁵⁵⁵ Es tan así que el legislador Colombiano, suele confundir ambas figuras en medio de la errónea aplicación de una autoría mediata.⁵⁵⁶

Lo anterior, hace referencia a la posibilidad del hombre de atrás para impedir la comisión del delito por parte del instrumento y así hacer posible la imputación objetiva del sujeto como máximo responsable cuando no hay ejecución material y cumplimiento de los requisitos objetivos del delito por parte de este, requisitos que coinciden con las circunstancias fácticas generales en las que se desenvuelve la responsabilidad por el mando como título de imputación, exaltando así la posibilidad de vincular penalmente al sujeto activo que a pesar de no estar presente dentro de la ejecución material del crimen pero ser responsable penal directo por la comisión de este.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁵⁶ * Como fue su más reciente pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad por el mando, ya que a pesar de encontrarse probadas las diferentes exigencias de este título de imputación el juzgador nacional opta por seguir haciendo uso de modelos tradicionales de imputación que limitan o peor aun impiden que la totalidad de los supuestos fácticos encajen dentro de la comisión real de los delitos. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP3956-2019 Rad.46382. op.cit. 46-48

3.2. ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO INTERNACIONAL EN LA FIGURA JURÍDICA COLOMBIANA DE LA COAUTORÍA.

La coautoría como uno de las formas de responsabilidad penal denota la realización del delito de manera mancomunada, y la presencia de los requisitos exigidos por la figura los cuales se sintetizan en:

1. Acuerdo común,
2. División del trabajo criminal,
3. Importancia del aporte.⁵⁵⁷

Requisitos que han sido tomados al igual como lo fue desarrollado por la Corte Penal Internacional; no obstante, es obligatorio vincular este modo de autoria con los aspectos de la responsabilidad por el mando

1. Presencia física del coautor: sin duda alguna el sujeto puede o no puede decidir actuar dentro de la ejecución material del delito, y por ello no será despojado de la calidad de coautor, siempre y cuando su contribución psíquica sea esencial para la comisión del mismo, es decir los aportes pueden presentarse por fuera del ámbito material del delito y la calidad como contribución esencial en la importancia del aporte dado será analizado de forma cualitativa, siempre y cuando tenga dominio funcional del

⁵⁵⁷ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* Op.cit. P. 281-292. Ver también: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis Citado por: MÁRQUEZ CARDENAS, Álvaro E. La coautoría: delitos comunes y especiales. En: DIALOGOS Y SABERES. Enero-Jun. no. 28, p. 34. Ver también: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal : parte general. Temis, 2002. P. 448

hecho,⁵⁵⁸ ello se podría asemejar a la falta de presencia física del superior jerárquico en la responsabilidad por el mando, cuando a través de sus subordinados sea cometido el delito descrito, ambos catalogándose como autores en la comisión de los delitos, es decir será factible vincular por acción u omisión aun sujeto que dentro del plano ejecutivo del delito no ha hecho presencia pero que psicológicamente aportó de manera esencial a la comisión del crimen o debido a sus exigencias y deberes tenido conocimiento de lo sucedido por tener bajo su protección un grupo especial de sujetos.

2. Cuando se analiza el requisito de división del trabajo se logra comparar el “aporte”⁵⁵⁹ del superior por el mando llamada como la omisión en su deber legal de actuar para impedir la ejecución de crimines, como causa suficiente para que en el plano futuro se logre dar cierto panorama de tolerancia respecto a sus subordinados al momento de cometer delitos, por lo tanto, el tener omisiones ex ante a la comisión de futuros delitos seria fundamental y necesario como aporte para brindar impunidad futura y hacer entender a los sujetos subordinados que las acciones típicas, antijurídicas y culpables quedaran bajo la impunidad.⁵⁶⁰

Aunque no se trate de semejanzas más visibles o exactas como en la autoría mediata, si es notable que dentro de las figuras de coautoría y responsabilidad por el mando puede ser posible imputar delitos que dentro del *iter criminis* han sido ejecutados materialmente por otros sujetos, ambos modelos de imputación exigen la presencia física de dos o mas sujetos

⁵⁵⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 18 febrero de 2004, rad.17.252, MP: Hernán. Galán Castellanos.

⁵⁵⁹ * El vincular el termino a porte a una omisión denota la causalidad que puede existir dentro de la omisión al actuar en la manera esperada y debida con la ejecución de los crímenes a manos de sus subordinados, sin embargo es necesario aclarar que se sustenta en el saber doctrinal que la omisión “ representa una “nada”, que en consecuencia, no posee la capacidad de causar un “algo” “ es decir, ninguna omisión causa un algo por no ser como tal una acción. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, 2001.P. 14

⁵⁶⁰ LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842. op.cit. P. 532-596

activos para lograr realizar la imputación de manera adecuada, aunque uno a través de la acción y otro con uso propio de la omisión en su actuar.⁵⁶¹

Sin bien es cierto que la mención a tales figuras de autoría no concuerdan con el fin mismo de la responsabilidad por el mando de manera fehaciente, es necesario plantear el uso de la mismas a modo de salvedad a la justicia penal, toda vez que el no tener la responsabilidad por el mando dentro del sistema normativo colombiano permite la impunidad dentro de actos que a simple vista denotan responsabilidad penal, es por ello que de manera invertida a la planteada por la CPI, se hace uso de las figuras de autoría para lograr responsabilizar a los máximos responsables.⁵⁶²

Ahora, la temática no descansa simplemente en el área disciplinaria militar y tradicional en el uso de las figuras de la autoría y participación de la ley 599 de 2000, si bien es cierto que solventa de manera superflua la inexistencia de la responsabilidad por el mando como título de imputación penal autónomo, hace falta una normatividad que se aproxime un poco mas de manera exacta al uso internacional de la responsabilidad por el mando. Ello es posible, dentro de la comisión por omisión en la que se conjuga la posición de garante con la omisión equiparada a la acción penal, determinando así un aspecto más necesario de la responsabilidad por el mando, ello no quiere decir que sea suficiente como se podrá analizar de manera inmediata.⁵⁶³

⁵⁶¹ ** Dicha comparación se hace posible desde el examen de la jurisprudencia internacional como lo fue el caso Lubanga con las exigencias normativas realizadas dentro de la normatividad del ordenamiento jurídico colombiano establecidas dentro del artículo 25 de la ley 599 de 2000.

⁵⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit.

⁵⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP3956-2019 Rad.46382.op.cit

3.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO- COMISIÓN POR OMISIÓN COMO RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

El artículo 25⁵⁶⁴ del CP abarca las maneras en que se puede incurrir en un tipo penal, esto es a través de la acción u omisión y la posición de garante que tiene el sujeto frente a algunos bienes jurídicos.⁵⁶⁵

La omisión es el dejar hacer, abstenerse de hacer cierta actuación que es requerida, causando así un detrimento a un bien jurídico tutelado.⁵⁶⁶ Por su parte, se tendrá posición de garante cuando exista una condición legal que establezca el deber de proteger un bien tutelado dentro del ordenamiento, y el mismo artículo 25 hace referencia explícita sobre qué tipo de bienes jurídicos se tiene especial posición de garante y sobre los cuales se podría incurrirse un delito de comisión por omisión, y estos son aquellos que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, libertad y formación sexuales.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ *ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.*

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.* COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000. op.cit.

⁵⁶⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. op. cit. P. 456

⁵⁶⁶ CARDENAS ACEVEDO, Luz . Delitos de comisión por omisión y la posición de garante en Colombia. [Consultado el Nov, 30, 2018]. Disponible en: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7757/CARDENASACEVEDOLUZNELLYA_NA2016.pdf?sequence=1

⁵⁶⁷ **PARAGRAFO Artículo 25 :. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales* COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000. op.cit. ** Los delitos de comisión por omisión y la responsabilidad disciplinaria militar y penal militar en el mando siempre se circunscribirán a los delitos que atenten contra la vida e integridad persona, libertad individua, y libertad y formación sexual.

La comisión por omisión se encuentra conformada por tres elementos principales y tres elementos adicionales, los principales se refieren a i) concurrencia de una situación típica. ii) ausencia de realizar la acción ordenada por la norma. iii) capacidad individual de realización de otra conducta; por su parte, los elementos adicionales hacen alusión a i) la posición de garante. ii) la producción de un resultado tipificado dentro del código. iii) la posibilidad de evitación de otro resultado.⁵⁶⁸

El legislador colombiano deseó equiparar la omisión a una conducta activa, regulación que es acertado pues amplía el abanico de posibilidades por medio de las cuales se pueda incurrir en un tipo penal y aún más cuando dentro de la misma legislación colombiana no exista referencia explícita a la figura de responsabilidad por el mando. Es decir, será estudiada de la misma manera al supuesto de acción penal bajo el cual se tipifican los delitos del CP en la parte especial.⁵⁶⁹

Del mismo modo para sustentar la comisión por omisión anexo a los requisitos propios de la figura, normativizaron el uso de la llamada posición de garante como componente que faculta homologar la comisión por omisión u omisión impropia a la conducta puramente activa.⁵⁷⁰ Consecuencia que llevará a la penalización de las omisiones y equiparable a la gravedad a como se planteó para las acciones.

⁵⁶⁸CARUSO FONTÁN, Viviana, *et al.* La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos. Tirant Lo Blanch, 2017.P.78; ver también: URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* op.cit. P.483

⁵⁶⁹ RODRÍGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión: una propuesta para la aplicación del artículo 25 del código penal colombiano; En: NUEVO FORO PENAL. Jul-Dic,.no. 70, p. 117. ver también: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. op.cit. P. 456

⁵⁷⁰ *Ibíd.* 117

Para lograr determinar las congruencias y falencias entre la comisión por omisión y la responsabilidad por el mando será imprescindible desarrollar su estudio de manera similar a como se realizó para la responsabilidad por el mando en el capítulo II, por lo que se procederá a entender la naturaleza propia de la figura, la descripción de los requisitos/ elementos de la comisión por omisión y el desarrollo legal de la posición de garante exigida por el legislador colombiano para presenciar un acto de comisión por omisión, aspectos que de manera inmediata serán desarrollados.⁵⁷¹

3.3.1. Naturaleza jurídica de la comisión por omisión.

La naturaleza jurídica de la comisión por omisión refiere la infracción de un deber jurídico, de manera idéntica ha como se plantea para la comisión de un delito, deberes que existen de forma autónoma sin que varíe su resultado punitivo cuando se trate de una acción u omisión. Es decir, es una norma que al igual en aquellas que prohíben de manera textual ejecutar un comportamiento penal imponen un mandato prohibitivo.⁵⁷²

Para la mayoría de la doctrina, el delito omisivo ha sido entendido como una excepción, como cuando mediante el uso tradicional de las acciones típicas no haya sido posible encajar probatoriamente la comisión de manera inmediata por el sujeto actuando o a decir de forma adecuada al sujeto que ha omitido un deber de actuar.⁵⁷³

⁵⁷¹ FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ & RAMÍREZ BARBOSA. op.cit. P. 272-278

⁵⁷² PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; JAKOBS, Günther y MONTEALEGRE LYNETT, Luis Eduardo. Posición del garante en virtud de confianza legítima especial. Universidad Externado de Colombia. P. 274

⁵⁷³ SILVA SANCHEZ. PP.54 y s. Citado por: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P. 16

Ello lleva a encajar la comisión por omisión dentro de las figuras normales de autoría y participación.⁵⁷⁴ Por lo tanto, dependerá del caso del sustento probatorio en los supuestos facticos específicos donde se podrá determinar en que categoría de autor o de partícipe concurre la omisión en su actuar, es decir podrá catalogarse como *siu generis*, dado que su categorización variará dependiendo de las circunstancias del momento, es decir, será igual la naturaleza jurídica de la comisión por omisión a la de la responsabilidad por el mando, dado que encasillar en una sola figura de autoría o en su defecto de participación sería arbitrario y desafortunado para el mismo uso y fin de la figura en un modo de aplicación excepcional o de salvavidas en los supuestos que no logre enfatizarse una acción en si misma determinada, limitaría el uso de la misma, circunscribiendo a casos o figuras de responsabilidad penal determinados de manera taxativas.⁵⁷⁵

Para sustentar lo dicho anteriormente, será necesario remitirse al concepto de equivalencia y ello para explicar la equiparación normativa entre la acción y omisión y lograr imputar un delito a título de comisión por omisión.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Virxilio. Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos. En: NUEVO FORO PENAL. vol. 13, no. 89, p.92

⁵⁷⁵ *Fue así como se abordó en medio del caso Hector Martin Pita Vásquez procesado por la masacre del salado, en e que la Corte Suprema de Justicia advierte que muy a pesar de no ser posible el cambio de imputación dentro de la sentencia de casación, si advierte que dentro de la posición ejercida por el acusado existía una posición de garante influida por los deberes militares y ciudadanos emanadas de la Constitución, ley y tratados internacionales suscritos por el país de Colombia y que en virtud de esta posición garantiza la salvaguardia de la integridad de los nacionales colombianos, teniendo así la llamada posición de garante y la que determina la penalidad de una omisión cuando se haya tenido el deber jurídico de evitar ese resultado penal; por tanto la Corte advierte que en uso de la comisión por omisión se cataloga como autor equiparando la pena y la responsabilidad penal como si se hubiera cometido la acción descrita penalmente. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL; SP2546_2018. op. cit.

3.3.1.1.Requisito de equivalencia en la acción a la omisión.

Por regla general cuando se introduce dentro de un CP la comisión por omisión es añadir inmediatamente la aclaración en la equivalencia normativa y dogmática que de la acción a la omisión, tal referencia para la mayoría de la doctrina resulta innecesaria, dado que establece una aclaración que en si misma resulta obvia a todas luces con la simple lectura del apartado normativo al referirse la comisión por omisión.⁵⁷⁶

Será siempre una referencia dirigida a explicar la misma funcionabilidad de la comisión por omisión cuando dentro del sujeto que tenga un deber de cuidado se presente una actitud pasiva en el cuidado de bienes jurídicos que intrínsecamente se encuentren bajo su tutela y cuidado.⁵⁷⁷

Dicho esto, la equivalencia referirá al cumplimiento total de los requisitos subjetivos generales y/o especiales de la descripción típica del delito por el cual se busque imputar la actitud omisiva al sujeto activo de la conducta, sin que entre uno y otra modalidad de conducta resulte necesaria hacer algún tipo de diferenciación dogmática, procesal o incluso punitiva.

Aunque inicialmente la premisa apunta a un tratamiento idéntico dentro de la acción con la omisión, es necesario aclarar que ello no es así o no de manera completa, puesto que la

⁵⁷⁶ JAKOBS. Strafrecht-AT,28/13; Citado por: PERDOMO TORRES; Posición del garante en virtud de confianza legítima especial. op. cit. P. 271.

⁵⁷⁷ * “La posición de garante (Garantenstellugen), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P. 64

aplicación de la comisión por omisión será permitida siempre y cuando se trate de delitos que atenten contra la vida, integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual.⁵⁷⁸

Sin lugar a dudas es una mención que merece ser resaltada contrario a la opinión general de los autores colombianos, toda vez que denota el uso de ella solo cobijando los delitos que afecten directamente la humanidad misma, asemejando a la importancia que se da a los delitos que son jurisdicción de la Corte Penal Internacional.⁵⁷⁹

Ello sería imputar los delitos a los sujetos que efectivamente son los máximos responsables dentro del ámbito nacional e internacional en la comisión de crímenes que atenten contra la humanidad.⁵⁸⁰

El hecho de que la naturaleza jurídica de la comisión por omisión sea posible encajarla dentro de una categoría *sui generis* permite que se asemeje la figura como modelo de salvación dentro de la imputación penal cuando dentro del mismo no se haga necesario determinar la categoría misma de la figura *ex ante* a la presentación de la omisión como resultado punible; lo que indica que a toda luz es una figura que es permeable respecto a las circunstancias del delito y que se “moldea” de mejor manera para hacer uso de ella con independencia de una regla general de imputación, del mismo modo limitar su aplicación a cierta categoría de delitos es bien recibida por lo que vislumbra la intención del legislador por hacer uso de la

⁵⁷⁸ Parágrafo artículo 25. COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000. op.cit.

⁵⁷⁹ **Al respecto: el no expandir a la totalidad de los delitos estudiados en la parte especial del Código penal colombiano, permite que no sea una figura de imputación arbitraria y obsoleta que a toda costa logre vincular penalmente a cualquier sujeto, como una extralimitación legislativa por considerar punibles cualquier omisión sin tener en cuenta criterios de antijuricidad que expliquen el uso mismo en la figura dentro de la sociedad.

⁵⁸⁰ * Delimitación que es creada dentro de la jurisdicción de la CPI en cuanto a los crímenes que son de su competencia y que exaltan el uso mismo de un organismo internacional para penalizar todas las actuaciones que denigren y atenten contra la humanidad, ello se comprueba en las sentencias proferidas por la CPI, como lo fue la mas reciente pronunciación de Bosco Ntaganda.

imputación a través de la comisión por omisión de forma excepcional, como salvavidas así como fue introducida la responsabilidad por el mando dentro del ER.

No obstante, las congruencias normativas no terminan allí pues en la percepción de los requisitos de la omisión impropia puede observarse la coincidencia con los necesarios para la responsabilidad por el mando como se analizará de manera siguiente.

3.3.2. Requisitos de la comisión por omisión y su semejanza con los necesarios en la responsabilidad por el mando.

Dentro de los requisitos de la comisión por omisión se encuentran los elementos objetivos que varían respecto a la figura de imputación utilizada y los subjetivos que por regla general refieren a la intención y conocimiento salvo especiales requisitos de cada delito, para no ahondar dentro de los elementos subjetivos se optará por analizar los elementos propios de la figura de comisión por omisión es decir los objetivos, los cuales son definidos por Casabona como “la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (lesión o de peligro concreto del bien jurídico)”⁵⁸¹, ello se resume en la presencia de: situación típica, ausencia de la acción a la que está obligado, capacidad para realizar otra acción, existencia de la posición de garante, producción de un resultado lesivo y posibilidad de evitar el resultado;⁵⁸² requisitos que concurren en figuras de acción penal y que también se presentan dentro de la responsabilidad por el mando.

⁵⁸¹ CASABONA, Romeo; Límites de los delitos de comisión por omisión. Omisión e imputación objetiva en el derecho penal. Citado por: DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Responsabilidad penal por omisión. Bases doctrinarias. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM. [Consultado el May,15,2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf> P.173

⁵⁸² CARUSO FONTÁN, Viviana, *et al.* op.cit. P. 78.

3.3.2.1 Existencia de una situación típica.

La existencia de una situación típica será la realización de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado o una puesta en peligro del mismo.⁵⁸³ Es la petición del legislador en regular de manera expresa el deber que se deriva de evitar un resultado material, y en este caso⁵⁸⁴ legislarlos de manera general con una norma que permita el uso a manera de clausula general como se da para los eventos de comisión por medio de una acción.⁵⁸⁵

Cabe recalcar que, por tratarse de una situación jurídica distinta a la omisión propia, las situaciones tipificadas harán referencia siempre a la existencia de un tipo comisivo, y acoplándolo a la situación de omisión dentro de la cual el ordenamiento jurídico cuando se exija una acción para intervenir la comisión del delito.⁵⁸⁶ Es decir, la situación típica

⁵⁸³ Iberley. Delitos de comisión por omisión. [Consultado el May, 15,2019]. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delitos-comision-omision-47881>

⁵⁸⁴ *Contrario a la omisión propia que es legislada de manera expresa con delitos propios omisivos como lo son la omisión de socorro.

⁵⁸⁵ DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. op.cit. p.173

⁵⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general; 2ª. ed. Argentina.: Hammurabi SRL., 1999. P.538-546. **“*Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión. Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.*” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P.63-64.

inicialmente se planteará para la ejecución de un delito por medio de la acción sin que ello excluya el uso de los delitos tipificados cuando se trate de una omisión impropia.

Para entender la concurrencia de una situación típica que inicialmente no refiere de manera explícita dentro de los delitos del Código Penal Colombiano, es preciso interpretar el Art.25 del CP como un elemento complementario a la parte especial por medio del cual permite que cualquier conducta penal sea cometida también por medio de la omisión impropia, sin embargo, la situación típica descrita será solo aplicable dentro de los delitos mas graves que atentan contra la humanidad como ya se refirió anteriormente.

Por lo tanto, la situación típica será aquella que dentro de las situaciones descritas dentro de la parte especial del código se pueda incurrir por medio de la comisión por omisión en un catalogo delimitado de delitos sin que ello refiera un uso de la tipicidad diferente al aplicado dentro de las acciones típicas, antijurídicas y culpables.

Indudablemente, las situaciones típicas a las que se refiere el párrafo del Art. 25 de la L. 599 de 2000, se ajustan con el plano de protección que busca la CPI dentro del Estatuto de Roma (aunque en este ultimo no se limite su uso a cierta parte de los crímenes que son jurisdicción de la corte). Evitando el uso y abuso de la figura de comisión por omisión cuando dentro del objeto jurídico no se determine la violación de los derechos más intrínsecos a la dignidad humana.

3.3.2.2 Ausencia de la acción a la que está obligado.

Cuando el requisito de ausencia de responsabilidad hace presencia, deriva la posibilidad objetiva de realizar la acción obligada a la que está sujeto el autor por omisión en la comisión de los delitos que se encuentren tipificados, es decir, con la ausencia de la acción permite influir en la comisión de los resultados lesivos.⁵⁸⁷

La acción es el resultado mismo del cumplimiento de los deberes a los que está obligado el sujeto activo del delito por tener posición de garante, será cumplida cuando el responsable haya intervenido de manera coherente a sus facultades en la evitación del resultado penal.⁵⁸⁸

La CSJ decanta este requisito como la “*No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado*”⁵⁸⁹ por lo tanto, será la falta de actuación misma la que desprenderá como requisito necesario para hacer responsable penalmente al sujeto que tenga bajo sus calidades y cualidades el deber de evitar la acción penal cuando por medio de su actuar omisivo, faculta el resultado del mismo.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P.23 , Ver también: FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ & RAMÍREZ BARBOSA. op.cit. P. 267-277

⁵⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique. op.cit. P.539.

⁵⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Exp. 29188. ISBN RADICADO N°46604. P.37

⁵⁹⁰ “*No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.*” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P. 72

Este requisito coincide formalmente con el exigido por la CPI al descifrar la falta de adopción de medidas razonables par así evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes cuando el sujeto responsable no tenga la capacidad para imponer medidas disciplinarias o penales al subordinado que ha emprendido la acción penal.

Como se hizo en el capítulo segundo correspondiente a la responsabilidad por el mando en el ER, el deber del sujeto (sin describir aquí mismo la calidad de superior o no) es optar por todas aquellas medidas que se encuentren bajo sus facultades y desplegar la acción a la que formalmente está obligado al ser garante en la protección de los derechos de la humanidad.⁵⁹¹

Aunque dentro del Art. 25 de la L. 599 de 2000 no se haga alusión alguna a los deberes de reprimir y poner en conocimiento a las autoridades competentes como acciones necesarias y complementarias al deber de actuar para impedir el resultado, la esencia misma de la comisión por omisión como ítem general impide el uso de estos conceptos, pues lo que se busca es la evitación misma del resultado lesivo, ello es así pues al imputar el resultado lesivo en la comisión por omisión solo será posible cuando no se haya evitado la comisión del delito.

Ello denota una falencia cometida por el legislador colombiano pues desprovista de responsabilidad penal los sucesos materiales posteriores en los que, sin tener el deber de conocimiento o conocimiento efectivo, el sujeto no presencia la situación para hacer posible su evitación, dentro de la cual se da conocimiento de manera posterior a la comisión del crimen; situaciones que en el plano temporal según la figura de la comisión por omisión no sería responsable penalmente.

⁵⁹¹ OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P.803

Por tanto, no de manera exacta coincide con el requisito de la responsabilidad por el mando. Sin embargo, tiene rezagos que faculten el uso de la comisión por omisión cuando superiores militares o civiles configuren a través de su omisión de actuar la comisión de delitos tipificados dentro del Código.

3.3.2.3 Capacidad para realizar otra acción.

Este requisito es la mención exacta del deber formar y material del sujeto que omite toda acción que evite la lesión de un bien jurídico tutelado teniendo la capacidad de hacerlo.⁵⁹² Es plantear la posibilidad en la cual el autor pudiera o no realizar motu proprio la acción que impediría la comisión del resultado penal.⁵⁹³

En el interior del requisito mencionado a la capacidad del sujeto garante se presencia otras circunstancias integrantes del mismo como lo son:

- Conocimiento de la situación típica, que el resultado se va a producir,
- Conocimiento de la capacidad de acción a tener, es decir, tener los medios para evitar el resultado,
- Existencia de posibilidad material en realizar la acción obligada para impedir el resultado lesivo.⁵⁹⁴

⁵⁹² JACKOBS, Günther 29/10. *el autor debe haber sido capaz en abstracto para evitar el resultado por medio de una acción” Citado por: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P.23

⁵⁹³ BACIGALUPO, Enrique. op.cit. P.550

⁵⁹⁴ Iberley. op. cit. ver también: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ex. 29188. op. cit. p. 37

Requisitos que se entienden como el englobe general de los elementos propios de la comisión por omisión pues todos decantan en la posibilidad de responsabilizar a un sujeto garante en la protección de ciertos derechos. Cada uno de ellos atiende al conocimiento y alcance de los medios para facultar la acción que impedirá el resultado doloso en la ejecución del crimen.

Será la congruencia con la capacidad al tener el mando y control o autoridad y control efectivo, la capacidad atenderá de manera mas fehaciente a la terminología usada en medio de la autoridad (aunque se haya explicado anteriormente que tanto mando como autoridad determinan un mismo fin que es tener control) toda vez que refiere los aspectos materiales en medio de los cuales puede estar presente el sujeto garante, contando con los medios necesarios para que su capacidad sea efectiva al momento en que tenga el deber de intervenir para frustrar la lesión al bien jurídico.

3.3.2.4 Existencia de la posición de garante.

Existen distintas teorías para determinar qué aspectos son necesarios para que exista posición de garante. Sin embargo, se considera que un sujeto tendrá posición de garante cuando respecto a distintos bienes jurídicos se han impuesto deberes de protección ya sea de manera formal o material.⁵⁹⁵

La posición de garante derivará del papel que cumpla el sujeto activo dentro de la sociedad en general y no del ordenamiento jurídico, empero ha decidido el legislador determinar las

** para otros autores estos requisitos se sintetizan en dos: “a) conocimiento de la situación típica, es decir conocimiento de la inminente producción del resultado material. b) la posibilidad real de evitar el resultado” DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. op.cit. P.174

⁵⁹⁵ CARDENAS ACEVEDO. op.cit.

situaciones que constituyen la posición de garante de manera taxativa⁵⁹⁶ aunque las situaciones constitutivas de posición de garante generen deberes de manera general sin que se trate de una situación en específico pues en su suprema inteligencia no abarca todas las situaciones que socialmente se puedan presentar bajo la protección del garante.⁵⁹⁷ es decir, la regulación de las situaciones que enmarcan la posición de garante denota deberes de intervención no específicos si no generales, permitiendo así un espectro amplio de aplicación en la figura de la comisión por omisión cuando exista posición de garante.

La existencia de ella faculta la equidad entre la no evitación del resultado con la causación positiva del delito y así hacer posible que desde la imputación penal pueda predicarse que la existencia de un “nada” produzca un resultado lesivo⁵⁹⁸ a los bienes jurídicos que se protegen bajo la figura de comisión por omisión.

Por otro lado, la Corte define la posición de garante como una situación material en la que temporalmente se encuentra una persona, que en virtud de ella tiene un deber jurídico de actuar para evitar que se lesione un bien jurídico, siempre y cuando la lesión sea evitable,⁵⁹⁹ y que se genera cuando en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado exista la obligación o deber de protección tratándose de un agente estatal.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P 37

⁵⁹⁷ ** *Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.* COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000. op.cit. artículo 25.

⁵⁹⁸ Iberley. op. cit.

⁵⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ex. 29188.op. cit. p. 38

⁶⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP3956-2019 Rad.46382. op.cit. P.40

El deber de evitar proviene de imposiciones constitucionales y/o legales en los que el sujeto está obligado a actuar y que de abstenerse hacerlo producirá el resultado lesivo que podía ser frustrado inicialmente.⁶⁰¹

Es un requisito que refiere a las condiciones especiales de cada sujeto que en mediado caso podría ser garante de los derechos de otros sujetos por especiales circunstancias en las que sobre el recae la protección efectiva de los mismo y que puede ser determinado de manera formal o material cuando las circunstancias del momento lo apremien, si se remite al carácter formal o material de la categoría se puede presenciar o asemejar las acepciones de *iure* o de *facto* cuando se requiere tener la calidad de superior en la responsabilidad por el mando, serán formales las obligaciones de protección y cuidado que tenga el garante cuando por medio de la un mandato legal se le haya impuesto tales obligaciones. Sin embargo, ello no despreviene de protección situaciones que en el ámbito real puedan configurar un deber de intervención por el que previamente no es garante. Por el contrario, a encontrarse frente a circunstancias específicas podrá ser velador de las garantías y derechos de otros sujetos siendo así garante materialmente, es decir similar a como sucede en la responsabilidad por el mando de los superiores de *facto*.⁶⁰²

⁶⁰¹ Ibíd. P.38-39

⁶⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP-7135-2014. op.cit. P.7 .”*las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.)*” en general, cabría entender lo anterior como un deber general de las fuerzas militares sin importar su rango siempre y cuando se encuentren dentro de la capacidad física y material para impedir el resultado lesivo.

La posición de garante permite el uso de la figura de la comisión por omisión ello es claro, pero no concuerda a cabalidad con la calidad de superior exigida dentro de la responsabilidad por el mando y mucho menos porque el garante no tiene la calidad de superior lo que desprovista a simple vista que dentro de los mando militares o civiles se conecte la posición de garante para poder hablar de una futura responsabilidad por el mando en los superiores, es decir efectivamente podrá responsabilizarse a un sujeto que en determinadas circunstancias deba velar por la integridad de una persona ajena a el pero no será penado bajo los preceptos propios de la responsabilidad por el mando porque una y otra figura atienden a calidades del individuo y planos generales de intervención totalmente distintos.

3.3.2.5 Producción de un resultado lesivo.

El resultado es el elemento necesario para que pueda producirse la imputación de un delito, sin resultado típico no habrá delito, es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sobre el cual tiene la posición de garante.⁶⁰³

La producción del resultado estará ligada a “realización evitable de un resultado, donde el resultado es la ejecución de un movimiento corporal en los delitos de mera actividad, en el que tanto la acción como la omisión pueden estar referidas al mismo resultado”⁶⁰⁴ la consecuencia dependerá por lo tanto de los niveles de intervención que haya decantado el sujeto garante de los derechos, es la consecuencia causal (hipotética) de la inacción del garante, y que delimita el marco punitivo dentro del cual incurra, es decir el resultado lesivo será el requisito necesario para que exista comisión por omisión pues sin ello la presencia del

⁶⁰³ LK-Jescheck 13. Bockelmann/ Volk. Citado por : PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P.21

⁶⁰⁴ JACKOBS, Günther. Citado por: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. op.cit. P.22.

derecho penal atendería a una protección desmedida dentro de la cual las garantías típicas no valieran.

Es forzoso que con la figura de la omisión de produzca la lesión del bien jurídico, de lo contrario la figura misma de la comisión por omisión queda desprovista de una causa hipotética para generar el resultado penal.⁶⁰⁵

La Corte Suprema de Justicia la producción del resultado es la consecuencia que surge por vía de la omisión impropia cuando concuerdan los requisitos en el que el sujeto ostenta la posición de garante, ese resultado será penado de la misma manera como si se tratase de una conducta activa.⁶⁰⁶ El resultado por lo tanto será el ingrediente productivo que genera formalmente la responsabilidad penal en compañía de la posición de garante, sin resultado lesivo al bien jurídico no habrá delito que imputar ni omisión que castigar.

El resultado es la causa de la omisión, aunque como se ha descrito anteriormente un “nada” no puede producir un algo. Sin embargo, establecer una causalidad hipotética es imperioso para lograr imputar los delitos a esas omisiones que permiten la comisión del resultado lesivo. Por ello es necesario que la omisión se iguale a la acción para que pueda producir un algo en el ámbito de la responsabilidad penal, siquiera la probabilidad “rayana”⁶⁰⁷ de que al haber actuado el resultado penal no se hubiese presentado. Concepto que no concuerda con el presentado por la CPI cuando explica la causalidad entre la omisión del superior y la comisión de los delitos, pues para el ente internacional basta el incremento del riesgo como causa suficiente para vincular la omisión de actuar del superior jerárquico con la ejecución de los crímenes por parte de sus subordinados.

⁶⁰⁵ Iberley. op. cit.

⁶⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ex. 29188.op. cit. p. 38

⁶⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. op.cit. P.551.

Ambos conceptos de causalidad difieren en su espectro o limite al definir que puede ser una causa para imputar la pena, empero son aplicados siempre en el nivel inicial de iter criminis, es decir cuando se puedan evitar la comisión de los delitos. Esta seria a ciencia cierta la única congruencia con la figura internacional, pues la comisión por omisión exige un nivel mas alto que posibilita incluso omisiones que desde el punto de vista judicial logren ser catalogadas como superfluas pero que material y probatoriamente determinan como causa la producción de un resultado lesivo o peligros a los bienes jurídicos protegidos.

3.3.2.6 Posibilidad de evitar un resultado.

Este requisito ha de ser analizado siempre en el caso en concreto dado que es el resultado factico que demuestra si efectivamente el sujeto garante se encontraba en la capacidad de evitar el resultado penal a través de su acción.⁶⁰⁸ No obstante la existencia del mismo como requisito secundario, permite que en la practica no se haga uso del mismo incluso doctrinariamente es suprimido por la mayoría de los autores lo que refleja según la analogía previamente realizada que dentro de las omisiones se encuentran ya “cumplidas” los lineamientos internacionales de la responsabilidad por el mando; la posibilidad de evitar un resultado será por lo tanto la referencia el requisito nacional que denota el mando y control efectivo así como lo es la capacidad para realizar otra acción.

Así las cosas; es la unión de todos los requisitos anteriores que tanto en sus aspectos formales y materiales facultarán el uso de la comisión por omisión, cuando la posibilidad para evitar un resultado penal concuerde con los aspectos materiales del caso a abordar.

⁶⁰⁸ berley. op. cit.

Si bien es cierto, el legislador colombiano intentó equiparar la comisión por omisión para solventar los vacíos legislativos al no tener la figura de la responsabilidad por el mando, sin lugar a dudas el mencionado intento queda corto; aunque se haya logrado equiparar la existencia de requisitos de la omisión impropia o comisión por omisión con los exigidos dentro de la responsabilidad por el mando, aspectos tan importantes como la mención a la calidad de superior militar o civil, la falta de alusión a los deberes posteriores a la comisión de los delitos como lo es el reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes cuando no se tenga la capacidad para castigar disciplinaria o penalmente, o la congruencia en tener una figura independiente que no permite su uso con su aplicación a la totalidad de los delitos del código, demuestra que dentro del ordenamiento jurídico colombiano hace falta una regulación normativa que permita hablar de responsabilidad por el mando, aplicándose de manera conjunta tanto a militares y civiles, tal como lo hace el Estatuto de Roma.

Es necesario que la normatividad colombiana este a la par de los lineamientos internacionales, puesto que evita la impunidad frente a casos que en la practica el juez penal solventa por medio de analogías arbitrarias a no encontrarse con instituciones acordes a los hechos de acción u omisión.

Anexo a ello, de haberse normativizado de manera conjunta a referencia al mando en el código disciplinario militar y el código penal militar (con su extensión a las figuras de imputación de la ley 599 de 2000) se hubiese evitado la disparidad entre una y otras figuras permitiendo el uso unánime de una responsabilidad por el mando dentro del marco normativo colombiano; recalcando que el tener esta gran cantidad de normas independientes lo único que produce en el ámbito material es no tener las herramientas necesarias y requeridas por el juez para imputar una conducta típica, antijurídica y culpable, pues ni las figuras de coautoría, autoría mediata o comisión por omisión responden a las necesidades fácticas que se presentan cuando es necesario imputar un delito de omisión en la observancia de los deberes vigilancia y control, que tienen como resultado la existencia de un crimen realizado por los

subordinados a su mando, permitiendo en la practica judicial un sin número de jurisprudencia dispar dado que la manera de entender o conjugar los lineamientos disciplinarios y normativos que engloban una posible responsabilidad por el mando imposibilitan el desarrollo final de la figura.

Ello motiva que se realice una propuesta normativa sobre la responsabilidad por el mando, para encontrarse acorde con los estándares internacionales y lograr enfatizar el trabajo judicial con los aspectos materiales de cada caso, y así responsabilizar finalmente a los máximos responsables, propuesta que ha de ser desarrollada posteriormente.

CAPITULO V. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ-JEP.⁶⁰⁹

Tras 51 años de conflicto armado entre el gobierno de turno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC),⁶¹⁰ se decidió iniciar los diálogos previos para la firma de un acuerdo de paz que ponga fin a la situación de guerra sufrida por la población colombiana, es así como se da la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.⁶¹¹

Desde el año de 1965 hasta la firma del acuerdo se vislumbró la comisión de distintos delitos por parte de ambos bandos del conflicto armado, es decir las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y Las Fuerzas Militares del Estado colombiano, crímenes como el reclutamiento forzado de menores, crímenes de lesa humanidad como lo fue el asesinato generalizado, el desplazamiento forzado, entre otros sobre los cuales hoy en día tiene jurisdicción la Corte Penal Internacional, todos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano.⁶¹² Al anotar la presencia de estos distintos crímenes de guerra y lesa humanidad se transfiere inmediatamente los conceptos de responsabilidad penal para los

⁶⁰⁹ *La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, creado por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las Farc-EP. La JEP tiene la función de administrar justicia transicional y conocer de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado que se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016.” JEP. Jurisdicción Especial para La Paz.. [Consultado el Dic,3,2018]. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

⁶¹⁰ Conciliation Resources. Historia: El conflicto colombiano. [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://www.c-r.org/es/where-we-work/américa-latina/historia-el-conflicto-colombiano>

⁶¹¹ ** El conflicto armado colombiano con la presencia de las FARC-EP surge como grupo militar al margen de la ley para actuar como defensores de los desplazados de la violencia partidista sufrida entre los años de 1950 y 1960 ideales que con el pasar del tiempo y las incursiones en los distintos modos ilegales de financiación de la guerra hicieron que se convirtiera en un grupo armado al margen de la ley y hasta calificados internacionalmente como terroristas. TAWSE-SMITH, Diane. Conflicto armado colombiano . mar. [Consultado el 02 sep.2019]. Disponible en: <https://revistas.uosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/413>

⁶¹² Ibíd.

máximos responsables y como ellos llegan a responder dentro del marco de una justicia transicional.⁶¹³

Para lograr conectar la importancia y relevancia de la existencia de la JEP es preciso entender que es la justicia transicional; ella “comprende la variedad de los procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, de servir a la justicia y lograr la reconciliación.”⁶¹⁴ Es decir, será la institución jurídica por medio del cual se emplearán normatividades diferentes a la ordinaria para lograr en el caso colombiano una paz estable y duradera.⁶¹⁵

Lo anterior, significa que dentro del uso normal de la “responsabilidad por el mando” en Colombia bajo la figura de coautoría, autoría mediata o comisión por omisión como fue explicado anteriormente; se podrá presentar un cambio normativo en la regulación de ellas, con el fin de tener un móvil atractivo a las entidades que iban a ser objetivos del acuerdo de paz, en este caso los combatientes subversivos y los militares del gobierno colombiano.⁶¹⁶

Es forzoso por tanto analizar, cuales son los criterios normativos que fueron usados en medio del inicio del proceso de paz hasta su culminación en el acuerdo de paz al regular la responsabilidad por el mando, descotando sus aciertos, sus falencias dogmáticas, la manera

⁶¹³ SALAZAR, Sania. La JEP se concentrará en máximos responsables, pero eso no ha sido un secreto. Jul,16,. [Consultado el Sep,1,2019]. Disponible en: <https://colombiacheck.com/chequeos/la-jep-se-concentrara-en-maximos-responsables-pero-eso-no-ha-sido-un-secreto>

⁶¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Citado por: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *et al.* La justicia transicional en los acuerdos de La Habana y sus especificidades. Universidad Externado de Colombia, 2017.P. 501

⁶¹⁵ *Ibíd.*

⁶¹⁶ RAMÍREZ BARBOSA Paula & TAMARIT SUMALLA Josep. La lucha contra el crimen organizado en tiempos de post acuerdo como pieza central en la consolidación de la paz. en: Revista General de Derecho Penal. May,.no. 29, p.4

en que en la practica puede ser usada, y si en realidad se encuentra acorde con las exigencias internacionales para evitar una futura competencia de la CPI dentro de los asuntos convenientes al acuerdo de paz.

1. DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 4 DE ABRIL DE 2017 Y LA REGULACIÓN REALIZADA EN LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.

Con la puesta en marcha de las negociaciones para lograr un acuerdo de paz estable y duradero se expide el AL 01 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual se establecen las normas de carácter transitorio para la terminación del conflicto armado y la construcción de la paz.⁶¹⁷ Es decir, el crear normas transitorias posibilita que se de pie a su posterior eliminación, duración o corrección para su futura promulgación de manera prolongada en el tiempo como sucedió con la responsabilidad por el mando como ha de ser analizado al instante.⁶¹⁸

Dentro del Capítulo III del AL en mención se establece la constitución de la Justicia Especial para la Paz, de ahora en adelante JEP, y en el Capítulo VII las normas aplicables a los miembros de la fuerza pública, estableciendo en el artículo 24 del mismo la responsabilidad por el mando de la siguiente manera⁶¹⁹:

Artículo transitorio 24°. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los

⁶¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. (Abr,4,). 2017.

⁶¹⁸ *Ibíd.*

⁶¹⁹ COLOMBIA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. *op.cit.*

miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;*
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir ordenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;*
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y*

*d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.”*⁶²⁰

Ha simple vista integra deficiencias en su estructura la regulación inicial de la responsabilidad por el mando en el acto legislativo examinado, las cuales hacen excluyente la aplicabilidad del concepto para sujetos que sean máximos responsables y superiores jerárquicos, pero que no pertenecen a las fuerzas públicas, como lo es también interpretar el espectro de aplicación en el cual debe hacerse uso de la terminología “control efectivo.”⁶²¹

¿Que ha de motivar la exclusión de aquellos sujetos que actuando como subversivos al margen de la ley son responsables por el mando por tener características propias de un superior jerárquico o de una estructura militar organizada de manera vertical respecto a los rangos incluidos dentro de ella? O ¿como habrá de determinar el jurisconsulto de la JEP lo que se ha de entender por control efectivo, seria una institución terminológica cambiante o rígida?

⁶²⁰ Art. 24.Ibíd.

⁶²¹ DURÁN RAMÍREZ, Flavio Bernardo. Responsabilidad por mando y control efectivo en la jurisdicción especial para la paz (JEP). Dic,11,. [Consultado el Mayo, 23,2019]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/17175>

1.1 APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO PARA LOS SUJETOS QUE NO HACEN PARTE DE LA FUERZA PÚBLICA.

Para la Corte Constitucional de Colombia el referir simplemente a las fuerzas militares no excluye el deber del estado en investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes internacionales que hoy día tiene competencia la CPI.⁶²² Por tanto, ha de entenderse por consiguiente que el incluir simplemente la competencia de la JEP dentro del concepto de responsabilidad por el mando para los miembros de la fuerza pública no difiere la investigación sobre los crímenes que hayan sido cometidos bajo la responsabilidad de las fuerzas armadas al margen de la ley; sin embargo, ello hace el planteamiento de otra incógnita ¿se excluiría por lo tanto la aplicación de la justicia transicional cuando exista responsabilidad por el mando en los altos mandos de los grupos al margen de la ley? ¿cuáles serán los títulos de imputación utilizados en los máximos responsables?

La CC hace mención de la existencia principal y no subsidiaria de los títulos de imputación tradicionales que coexisten dentro de la legislación nacional como lo son la autoría mediata, la coautoría o la comisión por omisión, incluso incluyendo los modos de participación como la determinación y la complicidad para lograr sancionar a los máximos responsables de los crímenes mas graves suscitados dentro del conflicto armado colombiano.⁶²³

Es un error interpretar o incluir dentro de las distintas maneras de responsabilidad por el mando las formas de participación como lo son la determinación y la complicidad, toda vez que desnaturaliza el uso mismo de ella, el cual es penalizar aquellas acciones u omisiones

⁶²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. Nov,14,2017 .[Consultado el May,25,2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-674-17.htm> MS: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶²³ *Ibíd.*

que dentro del ámbito de responsabilidad de un superior hayan sido cometidos, y así lograr castigar a los máximos responsables;⁶²⁴ utilizar títulos de imputación menores a la autoría acarrea la imposición de penas menores, por lo tanto como sería posible catalogar como máximo responsable al sujeto que tiene un título de imputación tan vago como lo es ser determinador o cómplice, la corte incurre en error al incluir como posible “salvación” títulos de imputación menores dentro de la responsabilidad por el mando, cuando dentro del mismo acto legislativo ha debido ser incluida la clara referencia al mando militar al margen de la ley.⁶²⁵

El entendimiento de la CC se fundamenta en considerar la responsabilidad por el mando como un “mandato de criminalización” y no como un título autónomo de imputación dentro del derecho penal internacional.⁶²⁶ Por ello, alude como es factible usar títulos de imputación como los ya desarrollados dentro de la L. 599 del 2000 para lograr penalizar a los máximos responsables, es notable el error interpretativo que comete la Honorable Corte, que sin duda alguna abre brechas para dejar bajo la oscuridad de la impunidad acciones que deberían ser castigadas bajo una figura *sui generis* de responsabilidad penal como lo es la responsabilidad por el mando cuando en ciertos supuestos facticos no sea posible probatoriamente determinar la acción penal del superior que tiene el mando.

En consecuencia, da una luz de salvación mediante la cual se entiende que el uso mismo de la responsabilidad por el mando dentro de los miembros de la fuerza pública no excluye la investigación, judicialización y posterior penalización de las acciones que bajo la dirección de sujetos que ostenten posición jerárquica superior sin ser parte de la fuerza pública. Ello será por lo tanto aplicación de dos modelos distintos de imputación penal uno referido a la responsabilidad por el mando para los militares pertenecientes a la fuerza pública y otro

⁶²⁴ MAY, Larissa, et al. op. cit.

⁶²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17.op.cit

⁶²⁶ . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit.

diferente para los sujetos que como máximos responsables hayan actuado bajo fuerzas armadas al margen de la ley.

Por lo tanto, aunque dentro de la justicia transicional no se excluirá la judicialización de los máximos responsables que no hacen parte de la fuerza pública, si se hará su imputación bajo directrices diferentes a las emanadas para la fuerza pública, entiendo que tal diferenciación no atiende al sentido mismo de un proceso de paz que busca ser integrativo a los distintos actores del conflicto armado sufrido. Si no que por el contrario demarca diferencias injustificadas en el trato penal que han de recibir uno u otro bando del conflicto.

1.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL EFECTIVO COMO ELEMENTO CRUCIAL PARA LA IMPUTACIÓN PENAL EN LAS FUERZAS PÚBLICAS.

El control efectivo es dentro del AL. 01 de 2017 es un criterio fundamental el cual define la existencia o no de la responsabilidad por el mando en los miembros de la fuerza pública, indicando los requisitos necesarios para que pueda existir un control efectivo, el Art. 24 establece que existirá control efectivo cuando:

1. Las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando según el nivel correspondiente y teniendo relación con las actividades bajo la responsabilidad del superior,
2. El superior tenga la capacidad legal y material de emitir ordenes, modificarlas o hacerlas cumplir,

3. Haya capacidad efectiva para desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron hechos punibles en congruencia con el nivel de mando que se tenga,
4. El superior tenga la capacidad material y directa para tomar medidas correspondientes para evitar o reprimir las conductas punibles siempre y cuando haya conocimiento actual o actualizable de su ejecución.⁶²⁷

Cada uno de estos requisitos permiten la presencia de un control efectivo más no de manera taxativa demarcan la denominación o ámbito de aplicación en el cual deba presentarse un control efectivo, será por lo tanto necesario tenerlos como referencia para poder comprender un poco más cual es el ámbito de aplicación cuando se haga alusión al control efectivo.

El AL exige que para lograr aplicar la responsabilidad por el mando ha de ser imperioso que la conducta sea cometida dentro del área de responsabilidad asignada y esta tenga relación con los deberes a su cargo; ello representa una puerta abierta para la impunidad, toda vez que encontrándose en la capacidad material para actuar por parte del superior al mando, no sea posible judicializarlo debido a que formalmente no contaba con la competencia necesaria para evitar o reprimir las acciones punibles que serian o estaban siendo metidas por sus subordinados, parecería por lo tanto que prima los deberes de *iure* y no de *facto* para poder desplegar cualquier acción dirigida a evitar o reprimir los delitos cometidos.⁶²⁸

Sobre esta crítica la corte no hace mención alguna, encontrándola fundada pues posibilita que dentro del entendimiento judicial sea posible excluir toda responsabilidad penal al máximo responsable cuando dentro de sus capacidades formales no haya competencia para

⁶²⁷ COLOMBIA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. op.cit.

⁶²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit.

actuar, donde realmente debe primar la capacidad material para actuar, es lo que determina realmente el control efectivo del superior jerárquico.⁶²⁹

Otro panorama se presenta con la capacidad para emitir ordenes, estas no se limitan a la capacidad formal para hacerlo si no que por el contrario permite que todo sujeto que ostente el mando y que materialmente pueda hacerlas cumplir pueda expresarlas o modificarlas, ello contradice sustancialmente lo anterior, dado que las conductas penales cometidos por los subordinados serán extendidas al superior que ostenta el mando solo si este tiene “jurisdicción” formal para evitarlas, pero podrá difundir ordenes aunque legalmente no se encuentre dentro de sus capacidades; dota de amplio poder direccional al superior pero restringe su actuación en el campo material.

El tercer requisito para la aplicación del control efectivo será la capacidad material para actuar dentro del ámbito territorial en el que se hayan cometido los actos delictivos por los subordinados, es decir aparte de los factores formales y legales ha de sumarse la capacidad o competencia territorial que se tenga para actuar, ella atenderá exclusivamente a la capacidad que tenga el superior para poder actuar y que concurra con el lugar de ocurrencia de los hechos delictivos.⁶³⁰

Por su parte, los deberes corresponden de manera casi completa con los exigidos dentro del ER, pues obliga a emprender una acción para evitar o reprimir cualquier delito que sea cometido a mano de los subordinados a su cargo, dejando por fuera la obligación de poner en conocimiento a las autoridades competentes, aspecto que merece similar critica como lo fue desarrollada dentro de los deberes de conducta esbozados para los militares dentro del

⁶²⁹ FERNANDEZ CARTER Y JIMENEZ LAURENCE. Op. Cit. p.38. Ver También: LANDAVERDE, Moris. Teoría del dominio del hecho. Feb, 24,[Consultado el .2018]. Disponible en: <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>

⁶³⁰ Op.cit.

CDM, impide que a futuro pueda penalizarse acciones que ya hayan sido culminadas y que en su momento no fueron judicializadas debido a la falta de competencia del superior para hacerlo, puede por lo tanto mostrar un panorama de tolerancia en la comisión de los delitos y a futuro motivar la ejecución de los mismos debido a la anterior impunidad.⁶³¹ No concluye allí, la existencia de los requisitos para entender el ámbito de aplicación del control efectivo, será necesario también un ingrediente subjetivo que es el conocimiento actual o actualizable de la comisión de los delitos basado en la información con la que cuente el superior al mando.⁶³²

Todo lo anteriormente mencionado son elementos que podrían dividirse en dos categorías objetivos y subjetivos, que a su vez concuerda en gran medida con las exigencias internacionales establecidas dentro del ER en su artículo 28.⁶³³

Lo relevante y característico del raciocinio anterior es que ha de entenderse como control efectivo y como se ha de aplicar, dentro de que ámbito de competencia debe moverse, se identifica por lo tanto limitantes formales dentro de la competencia del superior, ámbitos materiales para expedir o modificar una orden y ámbitos territoriales para poder actuar si coincide con la localización geográfica del lugar en que se cometieron los hechos. La Corte ha debido realizar dentro de su estudio el análisis precedente para evitar distintas interpretaciones por parte de los juzgadores en la JEP, y así lograr una somatización e interpretación de estos conceptos de manera uniforme.

⁶³¹ OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P. 808.

⁶³² COLOMBIA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. op.cit

⁶³³ *Ejemplo de ello ha sido la jurisprudencia emanada por la CSJ en los casos que ha tomado a la responsabilidad por el mando como un delito de comisión por omisión como lo fue la sentencia que consideró autor en calidad de comisión por omisión al General Uscátegui por los sucesos acaecidos en la comunidad de Mapiripán, sentencia que ha de ser tomada como referente para encajar el concepto de responsabilidad por el mando dentro de los posteriores procesos llevados a cabo dentro de la JEP.

Independiente de ello, se deseó respetar los mínimos criterios de imputación establecidos en el marco internacional para tener plena aplicabilidad dentro del proceso de paz de Colombia y así lograr conjugar figuras ya existentes dentro de la dogmática penal colombiana con otras que creándolas y haciendo pleno uso de ellas tendrían mayor aplicabilidad, evitando de esta manera una posible jurisdicción de la CPI cuando en virtud del principio de complementariedad deba ser parte del juzgamiento penal de un nacional colombiano.⁶³⁴

Igualmente, es de importancia hacer referencia a título del Capítulo VII “de las normas aplicables a los miembros de la fuerza pública para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera” si se atiende a la literalidad del artículo y título pensaríamos por lo tanto que la consigna que respecta a la responsabilidad por el mando solo es aplicable para las fuerzas militares de Colombia, que los criterios de imputación como autoría mediata y comisión por omisión serán aplicables para todo aquel individuo que se someta los procesos llevados a cabo por la Justicia Especial para la Paz no perteneciente a las fuerzas Armadas de Colombia.⁶³⁵

Así las cosas, es de resaltar que es un acierto la propuesta hecha en el AL 01 del 4 de abril del 2017 al incluir la imputación de cargos por a título de responsabilidad por el mando, sin embargo, como se expresó anteriormente es necesario establecer si los criterios de imputación como este son de simple aplicación a las fuerzas militares de *iure* o si por el contrario es posible también hacer uso de ella para los dirigentes de *facto*.

No obstante, como desde el inicio se manifestó el acto legislativo 01 de 4 de abril de 2017 contempla normas que por regla general son de carácter transitorio, indicando que dentro del mismo acuerdo final tal disposición haya podido ser conservada, modificada o eliminada dentro del acuerdo final de paz.

⁶³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit.

⁶³⁵ COLOMBIA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. op.cit

2. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA JEP.

El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera fue firmado el 24 de noviembre de 2016, dejando así en firme los distintos puntos sobre los que versa el acuerdo de paz.

Dentro de la redacción del acuerdo se tomaron en consideración las características de la responsabilidad por el mando, y “subsano” en cierto modo la omisión realizada por el acto legislativo al no mencionar la responsabilidad por el mando en los altos mando de las FARC.⁶³⁶

No obstante, se plasmó la responsabilidad por el mando de manera independiente para superiores de la fuerza pública y para superiores de las FARC, en dos ítems diferentes, decisión que no atiende a ninguna formalidad en su redacción ya que ambas figuras reúnen las mismas exigencias como lo son:

1. En ningún caso la responsabilidad por el mando debe fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o ámbito de jurisdicción del superior,
2. Su elemento esencial es la presencia del control efectivo, ha de entenderse control efectivo como la posibilidad real para ejercer un control apropiado sobre los subordinados, en concordancia con la conducta penal,

⁶³⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; Nov,24,. [Consultado el Nov,23,2018]. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

3. La existencia de un elemento subjetivo como lo es poseer el conocimiento sobre la situación delictiva antes, durante y después,
4. Disponer de los medios a su alcance para prevenir, o promover las investigaciones correspondientes.⁶³⁷

En su simple lectura se percata que dentro del acuerdo final se ha optado por solventar los errores que dentro del acto legislativo fueron obviados, anexo a la inclusión de la responsabilidad por el mando para los superiores de las FARC, se corrige aspectos fundamentales como:

1. La referencia aunque no taxativa, de la responsabilidad por el mando para superiores de *facto*, con la aclaración que no podrá fundarse exclusivamente en las competencias formales o su ámbito de jurisdicción de poder, toda vez que anteriormente en el acto legislativo solo existía aplicación dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando según el nivel correspondiente y teniendo relación con las actividades bajo la responsabilidad del superior⁶³⁸, es decir para superiores que tendrían competencia directamente asignada de manera formal, de *iure*.
2. De manera similar se establece el control efectivo como requisito fundamental para la existencia de la responsabilidad por el mando, esta vez aclarando que ha de entenderse por control efectivo, como la posibilidad potencial para actuar;⁶³⁹ es decir, lo realmente determinante para establecer un control efectivo será los supuestos

⁶³⁷ Ibíd. Punto 44-59.

⁶³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit.

⁶³⁹ op.cit. p.59

facticos dentro de los que se desenvuelva el superior jerárquico al momento de la comisión de los hechos delictivos.

3. La inserción de un momento posterior a la comisión de los hechos como lo es su culminación al determinar como acción necesaria y relevante la promoción de las investigaciones correspondientes, esto amplía los momentos del *iter criminis* sobre los cuales puede considerarse la responsabilidad penal del superior jerárquico, dado que no solamente se tiene como deber el evitar o reprimir si no también instaurar las investigaciones pertinentes.⁶⁴⁰

Estas han sido interpretaciones que resultan de la lectura básica del Acuerdo final, más no han sido producto de los planteamientos constitucionales o doctrinales sobre los cuales no ha existido mas que el silencio, situación que merece ser criticada toda vez que, un aspecto tan vertebral como lo es la responsabilidad por el mando ha merecido ser estudiada a mayor profundidad para lograr establecer las falencias y aciertos dentro de los planteamientos nacionales y si efectivamente se encuentra apta para cumplir a cabalidad con las exigencias internacionales, anexo a ello su poco desarrollo permitiría posiblemente que en su aplicación se presente diferentes interpretaciones quedando en manos de los jueces definir formalmente lo que ha de entenderse por responsabilidad por el mando.⁶⁴¹

Producto de ello, se hace inexcusable encontrar que aspectos han sido obviados dentro de la regulación de la responsabilidad por el mando en la JEP, y determinar si efectivamente cumple con los requisitos establecidos por el ER o si por el contrario podría activarse la competencia de la Corte Penal Internacional cuando no pueda asegurarse el cumplimiento de la justicia dentro de los momentos posteriores al acuerdo de paz.

⁶⁴⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.44-59.

⁶⁴¹ *Ibíd.*

2.1 DIFERENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO A LA LUZ DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA.

Con la regulación final del acuerdo de paz del 24 de noviembre de 2016 quedó en firme el establecimiento de la responsabilidad por el mando, aspecto crucial para la culminación de las negociaciones de paz, sin embargo, no deja de ser importante su análisis respecto de los planteamientos y exigencias internacionales. Ello con el fin de determinar si a futuro la Corte Penal Internacional podría ejercer su jurisdicción e investigar a nacionales colombianos cuando dentro de los planteamientos formales y prácticos no se logre asegurar el cumplimiento de una justicia real y se active por medio del principio de complementariedad.⁶⁴²

Por tanto, por medio de un cuadro comparativo podrá observarse con mayor facilidad cuales son las falencias de la redacción final de la responsabilidad por el mando y como posiblemente se pueda solventarse por medio de futuros planteamientos de la Corte Constitucional o el mismo entendimiento de la JEP por medio de la jurisprudencia.

⁶⁴² *Preámbulo: Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*
Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

2.1.1 Responsabilidad por el mando en el acuerdo final de paz vs. Responsabilidad por el mando en el Estatuto de Roma.

- Parte Formal.

Regulación Nacional. P.44 y P.59	Estatuto de Roma. Art. 28
P.44 - En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para	<p>Artículo 28 ER: <u>Responsabilidad de los jefes y otros superiores</u></p> <p>Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:</p> <p>a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:</p> <p>i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y</p>

Regulación Nacional. P.44 y P.59	Estatuto de Roma. Art. 28
<p>prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.⁶⁴³</p> <p>P.59- Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. El componente de justicia del SIVJNRN tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse</p>	<p>ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.</p> <p>b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:</p> <p>i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;</p> <p>ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y</p> <p>iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner</p>

⁶⁴³ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.44.

Regulación Nacional. P.44 y P.59	Estatuto de Roma. Art. 28
<p>exclusivamente en el rango o la jerarquía.</p> <p>Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.⁶⁴⁴</p>	<p>el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.⁶⁴⁵</p>

Hasta aquí solamente se hace la lectura literal de la manera en que fueron regulados la responsabilidad por el mando en el ámbito nacional de la justicia transicional y dentro del estatuto de roma, su simple apreciación demuestra que integralmente están dirigidos a sujetos diferentes e integrados por elementos que en una y otra figura difieren en su estructura como se demuestra inmediatamente.

⁶⁴⁴ *Ibíd.* P. 59

⁶⁴⁵ Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

- Parte Formal- Material.

Elementos de la responsabilidad por el mando en el ER.	Elementos de la responsabilidad por el mando en la JEP.
<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de la calidad de superior militar o civil: dentro del entendimiento de la jurisprudencia de la responsabilidad por el mando, ha de ser designado el superior de <i>iure</i> o de <i>facto</i>. La relacion superior subordinado existirá en toda cadena de mando extensa o corta siempre y cuando exista efectivamente una relacion vertical entre superior y subordinado.⁶⁴⁶ 	<ul style="list-style-type: none"> - la regulación de la JEP a parte de hallarse en diferentes lugares dentro del la redacción para la responsabilidad por el mando militar y de los miembros de las FARC, limita su aplicación únicamente a los superiores de <i>iure</i>, toda vez que estima su uso dentro del control efectivo de los superiores que tengan rango, jerarquía y jurisdicción,⁶⁴⁷ es decir conjuga la existencia paralela de los aspectos de <i>iure</i> con el control efectivo, exigiendo la presencia de ambos aspectos sin que se pueda basar exclusivamente en las competencias legales , por lo tanto excluye a toda luz la posibilidad de que exista responsabilidad por el mando en los superiores de <i>facto</i> cuando ellos ostenten realmente el control efectivo para impedir o

⁶⁴⁶ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op.cit. P.92 ver también: Capítulo III. Responsabilidad por el mando a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y el derecho interno.

⁶⁴⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.44.

	reprimir las situaciones delictivas de sus subordinados ⁶⁴⁸
<ul style="list-style-type: none"> - Tener mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo: El Estatuto de Roma otorga este elemento de manera diferente para superiores militares y civiles, a los primeros de ellos los dota de la terminología mando y al segundo del uso de la autoridad, sin embargo ambos son acompañados por el control, ello quiere decir que será el requisito imprescindible dentro de la responsabilidad por el mando, entendiéndose control como la manera en que se presenta la relacion jerárquica que existe entre el superior y el subordinado.⁶⁴⁹ - Para la CPI existen elementos que pueden permitir la fácil identificación de un control efectivo como son la posición del superior, la capacidad para dictar, informar, hacer cumplir ordenes, posición dentro de la estructura de mando, 	<ul style="list-style-type: none"> - Este es un punto que sin estar redactado de manera similar, acierta de manera significativa en su formación dentro del acuerdo final, la omisión de los términos mando y autoridad determina un análisis mas claro dentro de la jurisprudencia al tener en cuenta únicamente el control efectivo como elemento determinante para la existencia de la responsabilidad por el mando. Empero no determina si la aplicación o entendimiento de control efectivo realizado en el P.59 correspondiente solamente a los superiores por el mando parecientes a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia o si por el contrario también es aplicable su explicación para las fuerzas publicas.⁶⁵¹ se considera aplicable a ambos sujetos de responsabilidad, sin embargo ha de ser necesario un

⁶⁴⁸ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). Adecuar la figura de la responsabilidad por el mando a los estándares internacionales. Ver también: FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ajustar la figura de la responsabilidad por el mando a los estándares internacionales. Citado por: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit. *aspecto que se encontraba dentro del AL 01 de 2017 demarcado únicamente por el superior de *Iure*.

⁶⁴⁹ OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P. 795-796

⁶⁵¹ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.59

capacidad para hacer cambios estructurales y poder imponer sanciones ⁶⁵⁰	pronunciamiento jurisprudencial para determinar su alcance.
- Delitos fruto de la omisión del superior. (causalidad): este requisito objetivo dentro del Estatuto de Roma se plantea siempre y cuando “los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo” lo anterior entendiendo como el nexo de causalidad hipotético dentro del cual, la causalidad significa un incremento del riesgo en el que con la omisión del superior sea posible la comisión de los actos delictivos por parte de los subordinados. ⁶⁵²	- Sobre la causalidad nada se dice dentro del acuerdo final, existe un silencio absoluto en este aspecto, quizás fundado en la premisa que establece que de una omisión no puede surgir ningún resultado lesivo. ⁶⁵³ Pero omite el principio jurídico sobre el cual se fundamenta la existencia misma de la responsabilidad por el mando. Su silencio incluso motiva a la comisión de futuros hechos penales bajo un panorama de total tolerancia de los actos delictivos. ⁶⁵⁴
- Falta de adopción en medidas necesarias y razonables: este requisito debe ser entendido como el uso de todas aquellas medidas con las que cuente materialmente el superior jerárquico para evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes cuando	- Dentro del acuerdo final expone los “medios a su alcance” ⁶⁵⁸ como el requisito por el cual el superior por el mando debe optar para impedir la ejecución de los delitos, ha de ser forzoso determinar la aplicación del concepto a su alcance, la RAE define el termino como la

⁶⁵⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba. Párr. 415. op.cit.

⁶⁵² OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P.808

⁶⁵³ Iberley. op. cit.

⁶⁵⁴ ODRIOZOLA- GURRUTXGA, Miren. op.cit. P.336

⁶⁵⁸ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.44-59

<p>este no tenga competencia para ejercer disciplina o judicializarlo, sin limitarse a las competencias legales que le han sido asignadas dentro de la competencia de su cargo.⁶⁵⁵</p> <p>Entiende como necesarias todas aquellas medidas que en su valoración ex ante a la consumación de los hechos tienen potencial para evitar la realización de los mismos, por su parte serán razonables aquellas medidas que se encuentren en relación con el cargo que ostente el superior.⁶⁵⁶</p> <ul style="list-style-type: none"> - Evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes: son tres las acciones por las que puede optar el superior para evitar incurrir en responsabilidad por el mando, evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes; la primera de ellas sucede cuando la comisión no ha 	<p><i>“capacidad física, intelectual o de otra índole que permite realizar o abordar algo o acceder a ello”</i>⁶⁵⁹ es decir, es la aplicación de todos los medios materiales de los cuales podrá disponer el superior jerárquico. No obstante, nada se menciona sobre la necesidad y proporcionalidad aspectos angulares y necesarios para lograr encajar cuales serian las medidas que en el plano anterior a la consumación de los delitos son racionales y acordes para impedir el resultado penal.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prevención e investigación:⁶⁶⁰ son dos los deberes de acción que se consagran en el acuerdo final de la JEP, la prevención se podría definir de la misma manera que la evitación designada dentro del ER, es decir acción que se desencadena como una medida preventiva para evitar la consumación del delito.⁶⁶¹ <p>La investigación de los actos delictivos podría incluir la represión</p>
--	---

⁶⁵⁵ WERLE GERHARD *et al.* Op.cit. P. 396

⁶⁵⁶ *Ibíd.* P. 399.

⁶⁵⁹ RAE. Real Academia Española. Op.cit

⁶⁶⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. op.cit.p.44-59

⁶⁶¹ OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P 781

<p>sido iniciada, reprimir para ponerle fin aquellos delitos que ya iniciaron su ejecución o castigar la comisión cuando se encuentre dentro de sus facultades, por ultimo poner en conocimiento el asunto a las autoridades competentes se aplicará siempre y cuando el superior jerárquico no tenga competencia para ejercer acciones disciplinarias contra los autores materiales del delito.⁶⁵⁷</p>	<p>entendida como la imposición de medidas necesarias que se encuentren bajo la competencia del superior y/o el traslado de las mismas a las autoridades competentes, momento posterior a la culminación de los delitos es decir una medida represiva.⁶⁶²</p> <p>Omite a toda vista reprimir para evitar la final consumación de un delito que ya ha sido iniciado, acción que ha debido ser incluida dentro de la redacción de la responsabilidad por el mando, ya que su omisión dota de impunidad a todas aquellas conductas que siendo ejecutadas pero no culminadas pueden ser interrumpidas, como lo son los delitos de continuidad en el tiempo.</p>
<p>- Conocimiento: saber o debía saber: el saber para los superiores militares y civiles se rige de manera igual, aborda el conocimiento efectivo, mientras que el deber saber engloba el aspecto subjetivo solo para los superiores militares, los cuales tienen el deber de inferir que los subordinados procedían a cometer</p>	<p>- Conocimiento de la información, antes, durante y después de los hechos: el conocimiento es la existencia de un saber real y actual dentro del cual se descarta toda obligación o deber legal de tener conocimiento de las acciones, es decir simplemente será penado aquel superior que pertenezca a las</p>

⁶⁵⁷ Ibíd. P. 397. Ver también: AMBOS KAI. op.cit. P 430.

⁶⁶² ODRIOZOLA- GURRUTXGA, Miren. op.cit. P. 339.

<p>actos penales, deber que al omitirse será catalogado como imprudente.⁶⁶³</p> <p>- Deliberadamente hubiera hecho caso omiso: este es un elemento subjetivo que solo tiene aplicación dentro de los superiores al mando civiles, como elemento integral en estos se encontrará la intencionalidad para omitir la información que tiene a su mano, lo que quiere decir que será menos exigente el elemento subjetivo para los superiores civiles que para los superiores militares⁶⁶⁴</p>	<p>fuerzas publicas o de las FARC, que tenga un conocimiento efectivo sobre los hechos. “ no comprende la hipótesis en el que el superior tenia razones para saber de la potencial comisión de los crimines, ni las hipótesis en que debía saber de ese hecho”⁶⁶⁵ así como lo expreso el fiscal de la CPI, se omite un aspecto relevante dentro del aspecto subjetivo del conocimiento abriendo puertas nuevamente a la impunidad cuando dentro de los deberes legales y materiales del superior se haya comprendido la posibilidad de tener conocimiento de los hechos.</p>
---	---

Lo anterior, demuestra de forma clara las falencias que existen dentro de la regulación de la responsabilidad por el mando en el acuerdo final para una Justicia Especial para la Paz, a pesar del “esfuerzo” dentro de los acuerdos por incluir esta institución es notorio las carencias respecto a aspectos que son de imprescindible importancia, la regulación solo dirigida para los superiores de iure, la falta de determinación clara respecto al control efectivo, la omisión de medidas necesarias y razonables o la carente regulación de los elementos subjetivos facultan que en la practica las situaciones de impunidad para los máximos responsables sean mayores, toda vez que la aplicación de la figura de la responsabilidad por el mando se

⁶⁶³ AMBOS KAI. op.cit. P.205

⁶⁶⁴ OLÁSOLO ALONSO. op. cit. P. 813.

⁶⁶⁵ FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ajustar la figura de la responsabilidad por el mando a los estándares internacionales. Citado por: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/17. op. cit.

limitaría a esas situaciones que encajen dentro del precario concepto realizado dentro del Acuerdo final.⁶⁶⁶

Situación, que abre grandes puertas a futuro para que la CPI ejerza competencia sobre los crímenes de guerra o lesa humanidad que hayan sido cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, cuando dentro del ejercicio de la justicia nacional se observe en la practica las falencias mencionadas, teniendo que optar por modelos de imputación que en el aspecto factico no correspondan con los hechos acaecidos.

Es necesario, por lo tanto tomar partida⁶⁶⁷ de este concepto naciente dentro del ordenamiento jurídico colombiano y crear doctrina, así como también será obligatorio un pronunciamiento constitucional sobre el acuerdo final, que realmente dote de concepto las menciones superficiales que son realizadas dentro del acuerdo final, menciones como el control efectivo, el conocimiento o el iter criminis por medio del cual se mueve las omisiones imputadas en la responsabilidad por el mando, esto con la clara finalidad que en la practica su uso no varíe dentro de la interpretación judicial realizada en la JEP.

Será inevitable realizar una propuesta legislativa que no solo en medio del acuerdo de paz sea aplicada, si no que tenga también uso en dentro de la justicia ordinaria ya que dogmáticamente se hace uso de figuras que no atienden a las exigencias fácticas, teniendo un concepto integral y acorde a los lineamientos internacionales, evitando dentro de la justicia colombiana la impunidad para aquellos sujetos catalogados como los máximos responsables por crímenes que atenten contra la humanidad.

⁶⁶⁶ LA OFICINA DEL FISCAL. Escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz; Oct 18,. [Consultado el Sep 1, 2019]. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

⁶⁶⁷ * A través de la futura jurisprudencia e interpretaciones procesales realizadas dentro de la JEP podría mejorarse el panorama respecto a la interpretación y uso de la responsabilidad por el mando, en aras de cumplir con los parámetros de *ius cogens* y las exigencias internacionales.

3. PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

la responsabilidad por el mando ha sido abordada dentro de los estamentos de la Justicia Especial para la paz, demarcando una vez más la precisión por tener esta figura de imputación dentro del ordenamiento jurídico colombiano. para que dentro de su futura aplicación material se presente una congrua imposición de la justicia para los sujetos que en calidad de superiores jerárquicos ostenten en mando.

Por lo tanto, por medio de una reforma legislativa se podría ampliar la categoría de autores que se designa dentro de la ley 599 de 2000 para incluir dentro de ella y de manera independiente la responsabilidad por el mando.

Proyecto de Ley_____ de 2019.

“Por medio del cual se desarrolla el criterio de responsabilidad por el mando para los superiores militares y civiles, como forma de imputación penal dentro de la ley 599 de 2000.

El congreso de Colombia.

DECRETA:

Artículo 1: Responsabilidad por el mando: será responsable penalmente, todo sujeto que, como consecuencia de su calidad de superior y del control efectivo ejercido sobre sujetos determinados, tenga el deber de impedir, reprimir, castigar o poner en conocimiento a las autoridades competentes la comisión de un resultado lesivo, siempre y cuando:

- a. se tenga conocimiento o deba saber que los sujetos sobre los que ejerce control iniciaban, ejecutaban o culminaban la comisión de un delito.*
- b. Se encontrase dentro de la capacidad legal y/o material para actuar e impedir, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes.*
- c. Haya poseído los medios idóneos y necesarios para llevar a cabo la acción encaminada a impedir, reprimir, o castigar el resultado punible.*
- d. Juicio de causalidad hipotética: que como consecuencia de la omisión del superior jerárquico hayan sido cometidos los delitos objeto de esta normatividad*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

1. Objeto.

El presente proyecto de ley tiene por objeto establecer la responsabilidad por el mando como criterio de imputación penal para los máximos responsables militares y civiles.

La responsabilidad por el mando ha de ser desarrollada como imputación penal que salvaguarda la justicia en los casos dentro de los cuales no sea posible determinar la responsabilidad penal del máximo responsable cuando este hubiere actuado en la comisión de un delito, u omitido cualquier acción encaminada a evitar, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes si no tuviese competencia para imponer las sanciones correspondientes a sus fuerzas armadas.

Dentro de la existencia de la responsabilidad por el mando se hará presencia de los siguientes objetos o requisitos necesarios para la formación del concepto normativo y que se sustraen de la lectura del artículo redactado:

- 1. Existencia de una relacion superior- subordinado: en medio de la cual se presentarán situaciones de superioridad jerárquica de iure o de facto, y aclarando que esa relación subordinada no será exclusivamente al superior inmediato; por el contrario, se extenderá a toda la cadena de mando.⁶⁶⁸*

⁶⁶⁸ CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II; ICC-01/05-01/08-424. op. cit. P.92

2. *Control efectivo: se entenderá por control efectivo la capacidad material para prevenir o reprimir los delitos cometidos por las fuerzas a su mando.*⁶⁶⁹
3. *Poseer medios idóneos y necesarios: medios idóneos serán todos aquellos sobre los cuales pueda hacer uso el superior y sean proporcionales para la evitación o represión del resultado penal y necesarias las medidas que en su valoración anterior a la ejecución de estas sean apropiadas para buscar el resultado al actuar.*⁶⁷⁰
4. *Juicio de causalidad hipotética: este elemento hace mención a el incremento en el riesgo, incremento que es provocado por la omisión del superior jerárquico en la inobservancia de su deber de cuidado de las tropas a su cargo.*⁶⁷¹
5. *Conocimiento: el conocimiento será el elemento subjetivo por medio del cual se responsabilizará la omisión del deber de observancia del superior jerárquico, conocimiento que podrá ser inmediato o que debido a sus especiales deberes tendría que tenerlo*⁶⁷²

Los sujetos a los que se dirige la norma serán los superiores que ostenten el control efectivo, sin diferenciar trato distinto entre militares y civiles, puesto que puesto que las circunstancias objetivas y subjetivas descritas anteriormente en la imputación deben concurrir para ambos casos evitando que en la aplicación del mismo concepto se presenten miramientos diferentes e injustificados que atenten contra el principio de igualdad.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*

⁶⁷⁰ *Ibíd.* 101-102.

⁶⁷¹ *Ibíd.* 107-106 ver también: OLÁSOLO ALONSO. op cit. P. 845

⁶⁷² *Ibíd.* 390.

Se despoja por lo tanto la utilización de figuras como la comisión por omisión y la posición de garante a modo de analogía, cuando se hacía necesario la puesta en marcha del aparato penal para lograr vincular a los máximos responsables por delitos cobijados dentro de la ley 599 de 2000. Evitando así que en medio de la defensa de los acusados se logre amparar la impunidad bajo preceptos de legalidad o falta de congruencia en cuanto al título de imputación utilizado por el aparato jurisdiccional.

Por lo tanto, es adecuada y necesaria la creación de la figura de responsabilidad por el mando para que dentro de la justicia ordinaria se logre facilitar la labor judicial y acusatoria por parte de las instituciones encargadas y se atienda a parámetros internacionales de forma adecuada y no con uso de figuras que en casos en concreto son de difícil y dudosa aplicación.

2. Antecedentes.

*la responsabilidad por el mando ha sido utilizada de manera clara desde el siglo XX, con la expedición del Tratado de Versalles, demostrando que sería necesario penalizar las conductas ordenadas por los altos mandos en medio de la conducción de hostilidades de gran relevancia como lo fue la Primera Guerra Mundial.*⁶⁷³

dentro de la redacción del Tratado de Versalles se estipuló la creación de un tribunal especial para el juzgamiento de los responsables de la guerra, dentro de los cuales se

⁶⁷³ Holocaust Encyclopedia. op. cit

*encontraba el Kaiser Guillermo II por impartir ordenes en miras a la prolongación de la guerra.*⁶⁷⁴

*Con la Segunda Guerra Mundial se dio nacimiento a los Tribunales Ad-Hoc, creados dentro de la justicia vencedora para garantizar que al fin de la guerra se hiciera justicia, con la imposición de tribunales penales en los cuales se responsabilizara penalmente a los sujetos que bajo la calidad especial de gobernantes fueran responsables por los crímenes cometidos.*⁶⁷⁵

*El Tribunal de Núremberg y Tokio, demostraron que era imperioso tener cimientos solidos para una construcción general y duradera del concepto de responsabilidad por el mando, como figura necesaria para enjuiciamiento y castigo de los máximos responsables propulsores de la segunda guerra mundial, incluyendo los conceptos de conocimiento y de responsabilidad por el mando.*⁶⁷⁶

Fueron distintos los momentos históricos por medio de los cuales se desarrolló la responsabilidad por el mando, todos ellos enmarcados dentro de una situación de guerra militar, hasta su posterior creación dentro del artículo 28 del Estatuto de Roma que hoy día rige en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

⁶⁷⁴ SANCHEZ SANCHEZ. op. cit. Art. 228 p. 3

⁶⁷⁵ FERNANDEZ, Carlos R. Charles Yves ZARKA, op.cit.P.30 *El proceso histórico vivido para llevar al desarrollo final de la responsabilidad por el mando se encuentra mayormente detallado en el capítulo correspondiente a la delimitación histórica de la responsabilidad por el mando como criterio de imputación en el derecho penal internacional.”

⁶⁷⁶ CABIELES PEÑA. Op. cit. P. 875 * Concepto que fue desarrollado en medio de la judicialización del General Yamashita.

3. Marco Legal.

Son distintos los instrumentos por medio de los cuales se ha estipulado la responsabilidad por el mando entre ellos el Protocolo adicional I de los convenios de Ginebra, en medio el cual se estipula en su artículo 86 la obligación de reprimir todas las graves infracciones y la adopción de medidas para cesarlas, el que sea cometido por un subordinado no exime de responsabilidad al superior que sabia las infracciones cometidas por sus subalternos.⁶⁷⁷ Determinado la existencia de la relación superior- subordordinado y del conocimiento como elemento subjetivo.

En la redacción del Protocolo adicional I también se incluye los otros elementos objetivos que han sido incluidos dentro del proyecto de ley, es así como dentro del artículo 87 se compenetra la responsabilidad por el mando con a referencia a la obligación de impedir, reprimir, denunciar, la adopción de las medidas para evitar o denunciar los delitos que ya han sido cometidos.⁶⁷⁸ Es la mención internacional existente por medio de la cual se pueden

⁶⁷⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Jun,8,. [Consultado el May, 15,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977> * Artículo 86 - Omisiones 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba come tiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

⁶⁷⁸ *CICR Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. op.cit.* Artículo 87 - Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembro de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

esclarecer las guías normativas que deban ser desarrolladas dentro de la legislación colombiana.

De igual manera ha sido tomada por el Derecho Internacional Humanitario dentro de las normas consuetudinarias donde en la norma N° 153 los superiores son responsables por los crímenes de guerra que conocieran o debían haber conocido, omitiendo todas las medidas razonables y necesarias para evitar o castigar a los subordinados.⁶⁷⁹

Hasta su final ordenación dentro del Estatuto de Roma, el cual es adherido al ordenamiento jurídico colombiano por medio del Acto legislativo 02 de 2001, se reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y se aclara que toda disposición que difiere de la regulación nacional será aplicable solamente dentro del ámbito que regula la Corte Penal Internacional⁶⁸⁰, así como fue confirmado en el mismo sentido por la Corte Constitucional de Colombia “las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no rempazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

⁶⁷⁹ J. -M. Henckaerts. Anexo. Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. [Consultado el May,2,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf> ** **Norma 153.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables. [CAI/CANI]

⁶⁸⁰ Congreso de la República. Acto Legislativo 02 de 2001. Dic,27,. [Consultado el May,23,2019]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4575>

efecto son las que integran la administración de justicia colombiana”⁶⁸¹ lo que quiere decir, que siempre y cuando las figuras de imputación tradicionalmente usadas dentro del ordenamiento jurídico se adecuen a las exigencias fácticas y legislativas podrá optarse por omitir la inclusión de instituciones de imputación penal como lo es la responsabilidad por el mando dentro de la normatividad colombiana.

No obstante, las coacciones actuales requieren un llamado consciente sobre la necesidad de optar y encontrarse al margen de las exigencias internacionales; las cuales han sido reconocidas con anterioridad por el Estado Colombiano, como lo fue la misma inclusión del Estatuto de Roma en el año 2002, recalcando así la inexcusable necesidad por regular la responsabilidad por el mando dentro del ordenamiento nacional colombiano.

La exposición previa demuestra una de las tantas maneras por medio de las cuales puede fundamentarse la regulación de la responsabilidad por el mando dentro de la jurisdicción ordinaria colombiana, permitiendo así una concreta vinculación para los sujetos que en calidad de superiores jerárquicos sean realmente los máximos responsables, para que con la inclusión de las exigencias tenidas en la responsabilidad por el mando en el derecho internacional consuetudinario.⁶⁸²

Es momento de demostrar que dentro del ordenamiento colombiano existen herramientas jurídicas infalibles para atacar la impunidad, es hora que dentro de la práctica legislativa colombiana se enderece el camino oscuro por el cual se ha visto atravesado a causa de las interminables excusas “normativas”, es por ello como se exalta la existencia de la

⁶⁸¹ Corte Constitucional. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". 2002.

⁶⁸² LA OFICINA DEL FISCAL. op.cit.

responsabilidad por el mando como una de las herramientas jurídicas que puede hacer posible ello, para lograr así una efectiva y congrua judicialización de los máximos responsables, de aquellos sujetos que atenten contra la vida e integridad personal y que bajo cualquier circunstancia dominan las acciones delictivas de los sujetos que bajo una cadena de mando cometen los crímenes objeto de penalización.

CONCLUSIONES.

1. Desde los inicios de las guerras mundiales se logró vislumbrar el uso de la responsabilidad por el mando como criterio de imputación penal, donde la población internacional plantea la necesidad de construir premisas sobre las que repose la posibilidad de vincular a dirigentes, militares y civiles que sean máximos responsables por los crímenes que se haya cometido bajo la óptica criminal de una omisión.
2. A pesar de encontrar ciertos lineamientos dentro de la expedición del tratado de Versalles, se logró visualizar solo hasta la creación del Tribunal de Nuremberg el nacimiento de crímenes de índole internacional y la vinculación penal internacional con la llamada responsabilidad por el mando. Nuremberg aporta el cimiento estructural dentro de la responsabilidad del superior jerárquico y fue la categorización de responsables como “jefes”, “planificadores” o cualquier sujeto que estuviese en el “nivel político”⁶⁸³, es decir, se ubicaba ya como máximos responsables a los dirigentes militares y gubernamentales que con anterioridad a la creación del Tribunal, se encontraban bajo la sombra de la impunidad. Ello sin dejar de lado la caracterización subjetiva del conocimiento exigido para poder judicializar las conductas delictivas, es decir era el conocimiento un elemento integral y necesario para determinar la responsabilidad penal por el mando.⁶⁸⁴
3. Por su parte, El tribunal de Tokio es la ejemplificación más clara de lo que debía ser creado y del por que debía incluirse una Corte Internacional que asegurara la imparcialidad de sus decisiones, la prueba fehaciente de la falta de compromiso por hacer justicia fue la nula imputación al Emperador Hirohito, atendiendo a criterios que se

⁶⁸³ AMBOS, Kai. Temas de DPI. op.cit. P.77

⁶⁸⁴ Ibíd.P.69

fundaban bajo la conservación de relaciones entre los estados, donde se optó por no incluir dentro del tribunal de Tokio al emperador Hirohito. Era notoria por lo tanto, que dentro del establecimiento de esa Corte anhelada se designara de manera clara la imparcialidad y legalidad de sus preceptos, que fuesen inquebrantables y no fluctuantes ante los aspectos sociales del momento. Empero su aporte fue significativo para el uso del título de imputación de la responsabilidad del superior, donde el uso de la misma se expandió no solo a los jefes militares, si no también a todos aquellos que siendo dirigentes civiles tenían el deber jurídico legal de evitar la comisión de resultado punibles.⁶⁸⁵

4. Es así, como la SGM otorga los inicios de la estructura de la responsabilidad por el mando como título de imputación, pues si bien se logra identificar los sujetos activos a los que va dirigido la norma como lo son los máximos dirigentes militares y civiles , también permite la posterior creación de una Corte Internacional donde se establezca con anterioridad a la comisión de los hechos, la normatividad que la regirá dotando de legalidad cualquier posterior actuación judicial.⁶⁸⁶
5. El aspecto subjetivo del conocimiento fue aportado por la posterior creación de la ley llamada “Medina Standard” que surgió con evocación de la Guerra de Vietnam de 1945, donde se hizo hincapié en el deber de conocimiento que se les exigía a los agentes militares sobre las conductas delictivas de sus subordinados, teniendo la responsabilidad de prevenir y/o detener los sucesos criminales, para si evitar ser responsables penalmente por los actos cometidos.⁶⁸⁷ aspecto que coincide totalmente con la actual normatividad del ER sobre la que se exige el deber de conocimiento como elemento subjetivo determinante para la calificación de la responsabilidad por el mando y que de igual

⁶⁸⁵ OLASOLO ALONSO. op cit. p. 98

⁶⁸⁶ VELA ORBEZOGO. op.cit.

⁶⁸⁷ Corte Marcial Estados Unidos. Estados Unidos v. Capitan Ernest Mediana. op.cit

manera incluye las acciones a las que se encuentra obligado el superior militar como lo son la prevención y represión.

6. Es por ello, que se encuentra dentro de la historia las referencias más claras que propiciaron a la posterior positivización de la responsabilidad por el mando como un criterio de imputación autónomo e independiente con elementos integrales propios que permitirá penalizar una conducta omisiva que haya propiciado la comisión de crímenes internacionales.⁶⁸⁸
7. Por su parte, la regulación formal de la responsabilidad por el mando dada por el ER permite que se logre identificar cada uno de los elementos que integran esta figura como título de imputación, elementos que han sido desarrollados también por la doctrina y que se permite individualizar para llegar a un criterio común de penalización como lo son:

⁶⁸⁸ *Elementos que coinciden con la actual referencia del art. 28 del ER. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit *Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:*

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

- a) Tener la calidad de superior militar o civil, que concuerda con una estructura de mando,
- b) Tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre los subordinados, en el que se concluye que tanto mando como autoridad emergen en la practica un mismo significado por lo tanto será el concepto de control el cual determinará la responsabilidad por el mando, concepto que ha merece mayor precisión pro parte de la doctrina,
- c) Que los delitos sea fruto de la omisión del superior (causalidad), causalidad que ha de ser hipotética y que se podría presentar incluso dentro de futuros sucesos de responsabilidad penal, cuando su permisibilidad anterior es móvil para la comisión de futuros delitos,
- d) El superior sabía o debía saber que lo subordinados procedían a cometer actos delictivos, elemento de conocimiento que varia dependiendo de la calidad de superior militar o civil (*deliberadamente hubiere hecho caso omiso*)⁶⁸⁹, en el que como bien se planteó en el Capítulo II, esta distinción no atiende a algún criterio normativo alguno que justifique su existencial, por el contrario dificulta la aplicación unánime y congrua de la responsabilidad por el mando como titulo de imputación; haciendo mas laxo la aplicación en el caso de los superiores civiles.
- e) Falta de adopción en las medidas razonables que evitarían, reprimirían o pondrían en conocimiento a las autoridades competentes. Donde son tres las medidas por las cuales debe adoptar el superior dependiendo del momento temporal en el que se encuentre la comisión del crimen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Artículo 28. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op. cit.

⁶⁹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el Caso Bemba, Párr. 407 Citado Por: Ibíd. 785

8. Dichos elementos han sido tomados también por la jurisprudencia de la CPI donde ha usado el artículo 28 del ER como título subsidiario (pero autónomo) de imputación cuando dentro de los casos como lo fue el del penado Jean- Pierre Bemba Gombo concuerdan la exigencia y aplicación fáctica de los requisitos exigidos dentro del ER para la figura de imputación, exaltando de esta manera el uso de la responsabilidad por el mando como salvavidas cuando no se logre probar la aplicabilidad de los principales títulos de imputación como lo fue la coautoría mediata (criterio también desarrollado por la jurisprudencia de la CPI), decisión que también añade la implementación de dos niveles diferentes en el uso del *mens rea*, donde en consonancia con la naturaleza jurídica *siu generis* de la que se pregona hace parte la responsabilidad por el mando, se permite otra interpretación del elemento subjetivo con el aparte “*Salvo disposición en contrario.*”⁶⁹¹
9. Empero, otras jurisprudencias emitidas por la CPI catalogadas como hitos respecto a la responsabilidad de los máximos responsables también matizan ciertos elementos comunes con la responsabilidad por el mando como ha de ser las referidas a los casos Thomas Lubanga Dylo⁶⁹² y Bosco Ntaganda⁶⁹³. Es decir elementos comunes como los mandos militares organizados jerárquicamente, las tropas subalternas que funcionan en ejercicio de las directrices emanadas por los superiores jerárquico y la acción delictiva cometidos por los subordinados, son elementos que a pesar de encontrarse referidos de forma distinta entre una y otra figura de autoría (dominio de la voluntad, EOP, que el

⁶⁹¹ Art 30. Naciones Unidas. Estatuto de Roma. op.cit

⁶⁹² *se logra determinar de que manera la Corte considera al sujeto como máximo responsable, aclarando que sin siquiera tener presencia física en la comisión de los hechos, direccionó a través de sus subordinados la comisión de crímenes de guerra como el reclutamiento de menores, lo relevante aquí es entender que la Corte Penal Internacional, desarrolla el concepto de la teoría de dominio del hecho para demostrar que aun sin la presencia física del sujeto en la comisión de los crímenes, es posible tener plena participación de manera integral dentro del mismo, y que por lo tanto es factible calificarlo como máximo responsable del delito. THE APPEALS CHAMBER. ICC-01/04-01/06-3121.op.cit

⁶⁹³ ** la mas reciente pronunciación de la CPI en el caso Bosco Ntaganda que en uso de la coautoría mediata menciona literalmente el control efectivo como aporte esencial dentro de la estructura organizada de poder, elemento que es el criterio vertebral en el uso de la responsabilidad por el mando, es en cada uno de los tres casos la presencia real del “castigo” a los máximos responsables. TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539. op. cit

acto material haya sido realizado por tropas a su cargo dominio) en la practica atenderán siempre hacia un mismo punto; la exaltación penal de los máximos responsables.

El panorama nacional lastimosamente no coincide con el avance internacional de la figura de imputación penal de responsabilidad por el mando, carece el ordenamiento jurídico colombiano de una referencia normativa completa que permita hacer uso unánime de la misma, es a través de diferentes remisiones como quizás de manera precaria la jurisprudencia colombiana ha tratado de llenar ese gran vacío legislativo; en uso de directrices incluso disciplinarias como lo son el Código Disciplinario Militar o el Código Penal Militar (Normas que son única y exclusivamente aplicables al ámbito de la supremacía militar, dejando de lado la aplicación para los superiores civiles) que establece la incursión en delitos a través de la acción u omisión sin entrar a detentar mayores argumentos normativos en cuanto a la responsabilidad penal por una conducta omisiva, lo que conlleva necesariamente ha conjugar estos dos anteriores con la mención general de la autoria y participación y la comisión por omisión de la ley 599 del 2000.⁶⁹⁴

10. La existencia de gran cantidad normativa para poder realizar una acusación que refuerce la responsabilidad por el mando lo único que provoca en la practica es disparidad entre las distintas pronunciaciones jurisprudenciales,⁶⁹⁵ aun mas cuando dentro de la misma se excluye del régimen militar la posibilidad fáctica de una responsabilidad penal para los superiores de facto o superiores civiles, obligándose solo hacer uso de la comisión por omisión figura que a toda vista queda corta para lograr desarrollar toda la responsabilidad penal o en su defecto a tomar partida de las figuras tradicionales de

⁶⁹⁴ * Sobre tales referencias se ha hecho mayor abordaje dentro del Capitulo IV dentro del cual se explican las semejanzas de una y otra norma con la responsabilidad por el mando del Estatuto de Roma.

⁶⁹⁵ ** Como lo fue el caso del General Uscátegui condenado como autor en comisión por omisión, o en caso del general Plazas vega quien, a pesar de resultar absuelto en la decisión final, llama la atención como la CSJ omite el examen frente los superiores militares de *facto*.

autoria y participación, donde en caso de llegar a hacer uso de estas ultimas se desprovisionaria de razón la categoría de máximos responsables.

11. Sin embargo; corolario a ello dentro de la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz⁶⁹⁶ se intenta desarrollar la responsabilidad por el mando, intento que queda corto e incluso podría permitir pronunciamientos dispares por la falta de congruencia y desarrollo entre los elementos exigidos dentro del AL 01 de 2017 y su posterior regulación final dentro del acuerdo final para la paz en los puntos 44 y 59, que como se mencionó dentro del capitulo final el tomar de manera independiente ambas responsabilidades no atiende a una aplicación diferenciada, toda vez que se hace exigente elementos comunes para los posibles sujetos activos militares de la fuerza publica y superiores militares de las FARC-EP, elementos que han de ser:

- a) En ningún caso la responsabilidad por el mando debe fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o ámbito de jurisdicción del superior,
- b) Su elemento esencial es la presencia del control efectivo, ha de entenderse control efectivo como la posibilidad real para ejercer un control apropiado sobre los subordinados, en concordancia con la conducta penal,
- c) La existencia de un elemento subjetivo como lo es poseer el conocimiento sobre la situación delictiva antes, durante y después,

⁶⁹⁶ Colombia ha sido participe en la construcción de un modelo de paz a partir del año 2016, como Estado ha tenido como marco de referencia se ha estudiado los tratados y convenios internacionales a los que se ha suscrito, esto para la concesión de prerrogativas atractivas para ambos bandos del conflicto. El Estatuto de Roma es sin duda uno de los mas importantes, refleja que acciones son de carácter obligatorio por parte de la nación, y que crímenes no son de negociabilidad alguna aunque sea catalogados bajo la conexidad en la concurrencia de delitos políticos.

d) Disponer de los medios a su alcance para prevenir, o promover las investigaciones correspondientes.⁶⁹⁷

12. Aunque aparentemente la voluntad final del acuerdo haya sido la creación de la responsabilidad por el mando para el castigo de los máximos responsables, se debe resaltar la nula aplicabilidad del concepto para los superiores de *facto*, el pobre desarrollo de la institución del control efectivo, que como se resaltó es el “vertebra” principal e infaltable para determinar el mando, quitando así la distinción entre mando y autoridad al referir ambas el mismo criterio (de control), situación que en la práctica podría conllevar a distintas interpretaciones jurídicas por parte de los jueces o incluso la omisión a las exigencias de las medidas necesarias y razonables que siempre determinarán como habría sido el actuar del superior jerárquico para no incurrir dentro de la responsabilidad penal por el mando, y por último la falta de desarrollo de los elementos subjetivos que, aunque se tome de manera igualitaria para ambas partes del acuerdo final; “no comprende la hipótesis en el que el superior tenía razones para saber de la potencial comisión de los crímenes, ni las hipótesis en que debía saber de ese hecho.”⁶⁹⁸

13. La norma creada en el marco jurídico para la paz aplicaría única y exclusivamente para los procesos llevados a cabo dentro de la JEP, por lo que toda actuación procesal llevada por la justicia ordinaria tendrá que seguir haciendo uso de las mixturas entre las reglas disciplinarias militares y/o las figuras de responsabilidad penal de la ley 599 de 2000, que como bien se ha insistido no configuran realmente la responsabilidad por el mando, por lo que fue imperioso postular como habría de ser una propuesta de ley que reúna las exigencias y criterios normativos internacionales y que con la experiencia de la jurisprudencia internacional que ya ha sido estudiada, incluya a manera de corrección

⁶⁹⁷ COLOMBIA. Acto Legislativo 01 4 Abril de 2017. op.cit. Punto 44-59.

⁶⁹⁸ FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ajustar la figura de la responsabilidad por el mando a los estándares internacionales. op.cit

aquellas falencias para evitar incurrir dentro del ordenamiento nacional colombiano en las mismas como ha de ser:

Responsabilidad por el mando: será responsable penalmente, todo sujeto que, como consecuencia de su calidad de superior y del control efectivo ejercido sobre sujetos determinados, tenga el deber de impedir, reprimir, castigar o poner en conocimiento a las autoridades competentes la comisión de un resultado lesivo, siempre y cuando:

- a. se tenga conocimiento o deba saber que los sujetos sobre los que ejerce control iniciaban, ejecutaban o culminaban la comisión de un delito.*
- b. Se encontrase dentro de la capacidad legal y/o material para actuar e impedir, reprimir o poner en conocimiento a las autoridades competentes.*
- c. Haya poseído los medios idóneos y necesarios para llevar a cabo la acción encaminada a impedir, reprimir, o castigar el resultado punible.*
- d. Juicio de causalidad hipotética: que como consecuencia de la omisión del superior jerárquico hayan sido cometidos los delitos objeto de esta normatividad.*

14. Posiblemente, a través de la implementación y uso de la norma que a todos miramientos es necesaria dentro de la normatividad penal, se logre disminuir los escenarios de impunidad, y se distinga efectivamente bajo los títulos de imputación adecuados a los sujetos que, a pesar de no hacer presencia física en la comisión del delito, ostentan la calidad de máximos responsables; esto en compañía de

instituciones solidas e imparciales para lograr la penalizacion de los maximos responsables por crímenes de importancia para el Derecho Internacional Humanitario.

BIBLIOGRAFIA.

AMBOS,Kai. El nuevo derecho penal internacional. Lima : ARA Editores, 2004,

AMBOS,Kai. Elœ estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1.ed. ed. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1999a.

AMBOS,Kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. 1999b.

AMBOS,Kai. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? : fundamentos y formas. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2008, 2008.

AMBOS,Kai. El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. InDret, 2012.

AMBOS,Kai and CACHO,Fernando del. Temas del derecho penal internacional. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, 2001.

APONTE CARDONA,Alejandro David. Persecución penal de crímenes internacionales : diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Pontificia Universidad Javeriana ; Fundación Konrad Adenauer, 2011.

Augusto J. Ibáñez Guzmán. La Corte Penal Internacional un avance contra la impunidad.
En: VNIVERSITAS. no. 107,

ÁVILA JAIMES,Lorena and BENAVIDES VANEGAS,Farid Samir. Manual de derecho penal internacional. Bogotá : Legis, 2017, 2017.

BACIGALUPO,Enrique. Derecho penal. Parte general. 2ª. ed. Argentina.: Hammurabi SRL., 1999. 678 p.

BARRET GRACE. El Archivo olvidado de la Segunda Guerra Mundial . [Video]. http://www.un.org/content/es/_vidout/video1504.shtml.: Naciones Unidas,

BASSIOUNI M.,Cheriff. De Versalles a Ruanda en 75 años: La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional permanente . En: DERECHO PÚBLICO. mayo.no. 10, p. 45-103

BENAVIDES VANEGAS,Farid Samir. Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. En: ACADEMIA & DERECHO. Dec 1,.no. 13, p. 237

BURBANO CASTILLO,Efraín. Manual de derecho penal internacional. Bogotá : Leyer, 2015, 2015.

CAMARGO GONZÁLEZ, David Alejandro, *et al.* Comentarios a la ley de financiamiento : Ley 1943 de 2018. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2019, 2019.

CARDENAS ACEVEDO, Luz. Delitos de comisión por omisión y la posición de garante en Colombia. [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7757/CARDENASACEVEDOLUZNELLYANA2016.pdf?sequence=1>

CARLOS RODRÍGUEZ BRAUN. Historia de la economía europea (1914-1990) Derek H. Aldcroft Jordi Pascual. En: REVISTA DE LIBROS. no. 5, p. 14

CARUSO FONTÁN,Viviana, *et al.* La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos. Tirant Lo Blanch, 2017.

CASE MATRIX NETWORK. Directrices de Derecho Penal Internacional: Responsabilidad de los Jefes Militares. Centre for International Law Research and Policy. Enero,. [Consultado el sep,1,2019]. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/2b392a/pdf/>

CASSESE,Antonio, *et al.* Cassese's international criminal law. Oxford : Oxford University Press, 2013, 2013.

CASTILLO DAUDÍ,Mireya and SALINAS ALCEGA,Sergio. Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales. Valencia : Tirant lo blanch, 2007, 2007.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Jun,8,. [Consultado el May, 15,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

COMITE INTERNATIONAL GENEVE. "La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión". ICRC: ICRC,

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Ad-Hoc; [Consultado el 28 marzo2018]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Ad-Hoc. Oct,29,. [Consultado el Feb,15,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>

CONCILIATION RESOURCES. Historia: El conflicto colombiano. [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://www.c-r.org/es/where-we-work/américa-latina/historia-el-conflicto-colombiano>

CORTÉS SÁNCHEZ,Edwin Mauricio; FORER,Andreas and BERNAL ACEVEDO,Gloria Lucía. Decisiones judiciales : Lubanga (E.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios. Cooperación Alemana; Giz ; Defensoría del Pueblo ; Profis, 2012.

CRUZ ROJA INTERNACIONAL. Estatuto del tribunal militar internacional de Nuremberg. 1945. [Consultado el Abril 202018]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

CUSTODIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ. La primera sentencia de la cpi: reflexiones sobre el caso 'lubanga'. En: intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales.

DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN. BASES DOCTRINARIAS. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM. [Consultado el May,15,2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf>

DE LA ROCHE, Mariana, et al. Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales . En: REVISTA HipoTesis. no. 10,

DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho penal. 2. ed. ed. Mexico: Ed. Porrúa, 2004.

DIAZ MARTINEZ, Juan José. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO APLICADA AL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO. Jul,30,. [Consultado el Nov,30,2018]. Disponible en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/2-31-48.pdf/367872e7-4aa8-4fb3-90ee-68a11e859d1d>

DIPUBLICO. Tratado de Paz de Versalles (1919). Jun,6,. [Consultado el Sep,1,2019].
Disponible en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

DURÁN RAMÍREZ, Flavio Bernardo. Responsabilidad por mando y control efectivo en la jurisdicción especial para la paz (jep). Dic,11,. [Consultado el Mayo, 23,2019].
Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/17175>

En el derecho internacional humanitario (DIH) se estipula un sistema de represión de las violaciones de esta rama del derecho., *et al.* "La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión".

FERNÁNDEZ CARTER, Maria Catalina and JIMÉNEZ LAURENCE, Andrea Belén. Los criterios de la Corte Penal Internacional sobre Autoría y Participación. Universidad de Chile., 2016. p. 24-39.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. La creación de la Corte Penal Internacional. [Consultado el Jun,28,2019]. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R19/ri19-efernandez.pdf

FERNANDEZ, Carlos R. Charles Yves ZARKA, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, Anthropos, Barcelona, 2007, 110 pp. 2009.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. 2014.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel and RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano. Parte General 1st ed. Bogotá D.C: Ibáñez, 20

GARCÍA BARCALA JESÚS. Crimen de Guerra en Vietnam: My Lai. Abril 10. [Consultado el Enero 102019]. Disponible en: <http://www.cienciahistorica.com/2016/04/10/crimen-guerra-vietnam-my-lai/>

GARCÍA OTERO, Ruth Cristina. Consideraciones en torno a la Corte Penal Internacional. En: JUSTICIA. Enero, 1., vol. 3, no. 27, p. 135-152

GARROCHO SALCEDO, Ana María and GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. La responsabilidad del superior por omisión en derecho penal internacional. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016, 2016.

GIL GIL, Alicia and MACULAN, Elena. Intervención delictiva y derecho penal internacional : reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales. Madrid : Editorial Dykinson, 2013, 2013.

GIL GIL, Alicia; MACULAN, Elena and BELTRÁN MONTOLIU, Ana. Derecho penal internacional. Madrid: Dykinson, 2016, 2016.

GOLO MANN. Sobre el Tratado de Paz de Versalles. 1989-. [Consultado el Feb,20,2019]. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/sobre-el-tratado-de-paz-de-versalles/>

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *et al.* La justicia transicional en los acuerdos de La Habana y sus especificidades. Universidad Externado de Colombia, 2017.

GRAY, Truda & MARTIN, Brian. The American War in Indochina: Injustice and Outrage. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/416/448>

GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN. Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional. Abr,8-19,. [Consultado el Mar,23,2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

GUERRERO APRÁEZ, Víctor Alberto. Guerras civiles colombianas : negociación, regulación y memoria. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016.

GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés. Acusación privada y sistema acusatorio : comentarios a la Ley 1826 de 2017. Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

HELLER, Kevin Jon and SIMPSON, Gerry. The Hidden Histories of War Crimes Trials. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HERNÁNDEZ, Jesús. Las cien mejores anécdotas de la Segunda Guerra Mundial. Bogotá : Penguin Random House Grupo Editorial : Roca Editorial, 2016, 2016.

HISTORIA SIGLO, X. X. Ultimátum a Japón aprobado en la Conferencia de Potsdam 26 de julio de 1945. [Consultado el Enero 152019]. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/potsdam-japon.htm>

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Alianza del Eje. [Consultado el Junio2018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/axis-alliance-in-world-war-ii>

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Primera Guerra Mundial; [Consultado el Feb 15,2018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/world-war-i>

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. La Segunda Guerra Mundial en profundidad . [Consultado el Mayo 122018]. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/world-war-ii-in-depth>

HUERTAS DÍAZ, Omar and AMAYA SANDOVAL, Carolina. Triada del derecho penal internacional -normas complementarias-. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2016, 2016.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, 2003.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. La Corte Penal Internacional: Un avance contra la impunidad. En: UNIVERSITAS. Junio.no. 107, p. 9-70

IBERLEY. Delitos de comisión por omisión. [Consultado el May, 15,2019]. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delitos-comision-omision-47881>

Imprescindible libro sobre la guerra de Vietnam. 2019.

J. -M. HENCKAERTS. Anexo. Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. [Consultado el May,2,2019]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf>

JAMES STEWART. Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados; [Consultado el 1 abril2018]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5w3juy.htm>

JEP. Jurisdicción Especial para La Paz. . [Consultado el Dic,3,2018]. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO. Los juicios de Nuremberg. segunda ed. Barcelona: UOC, 2016.

KOCHAVI ARIEH, J. United Nations War Crimes Commission. [Consultado el Dic 12,2018]. Disponible en: <https://www.encyclopedia.com/international/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/united-nations-war-crimes-commission>

KRESS, Claus & BAUTISTA PIZARRO, Nathalia Elena. Estudios sobre la parte especial del derecho internacional penal. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios en Filosofía y Derecho, 2018; Nathalia Bautista Pizarro, editora, 2018.

LA OFICINA DEL FISCAL. escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz; Oct 18,. [Consultado el Sep 1,2019]. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

LANDAVERDE, Moris. Teoría del dominio del hecho. Feb, 24,. [Consultado el .2018]. Disponible en: <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>

LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo. Derecho Penal Internacional; En: Anonymous Madrid : Editorial Dykinson, 2016, 2016. ISBN 9788490856819

LITTLE RICH; Paz De Vencedores, Paz De Doble Moral. En: JOSÉ FERNANDO, Rubio Navarro ed. 1915: el año mas largo del imperio otomano. Universidad de Ankara, 2015. 298 p.

MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata / The Structure of Indirect Perpetration. En: REVISTA DE DERECHO (VALPARAÍSO). no. 34, p. 385

MÁRQUEZ CARDENAS, Alvaro E. La couatoria: delitos comunes y especiales. En: DIALOGOS Y SABERES. Ener-Jun,.no. 28, p. 29-50

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro Enrique. Autoría mediata en derecho penal: formas de instrumentalización. Comentario al artículo 29, inciso primero del código penal que estableció esta nueva forma de autoría&; En: NUEVA EPOCA. Ago,.no. 20, p. 125-134

MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Madrid : Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, 2015a.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Régimen penal de la función pública : de acuerdo al nuevo código penal (Ley 599 de 2000), doctrina y jurisprudencia. 2a edición corregida y aumentada. ed. Ediciones Librería del Profesional, 2002.

MARXEN, Klaus, *et al.* Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía, 2018, 2018.

MAY, Larissa, et al. Resumen. En: ACADEMIC EMERGENCY MEDICINE. Jan 1,.vol. 21, no. 1, p. 17

MINISTERIOS DE ASUNTOS EXTERIORES. Unión Europea. Corte Penal Internacional. [Consultado el Jun,23,2019]. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>

MIRÓ LLINARES, Fernando & RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. ¿Casos difíciles o irresolubles?: problemas esenciales de la teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales. Dykinson, 2010.

MONTGOMERY NANCY. Army captain who led troops at My Lai Massacre dies at 81. Mayo 14,. [Consultado el Febrero 15,2019]. Disponible en: <https://www.stripes.com/army-captain-who-led-troops-at-my-lai-massacre-dies-at-81-1.526953>

NACIONES UNIDAS. Resolución 95(I). [Consultado el Febrero 20,2019]. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/95%28I%29>

NACIONES UNIDAS. 1941: La Declaración del Palacio de St. James. 12 junio. [Consultado el Abril2018]. Disponible en: <http://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1941-declaration-st-james-palace/index.html>

NACIONES UNIDAS. Estatuto de Roma; [Consultado el marzo 292018]. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html

NACIONES UNIDAS. Archivos de la ONU sobre Crímenes de Guerra durante la Segunda Guerra Mundial abiertos al público. Nov 11,. [Consultado el 12 Abril2018]. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2014/11/1316361>

NERLICH,Volker and SILVA SANTAULARIA,Natalia. La responsabilidad del superior a la luz del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional : ¿por qué exactamente es el superior responsable? Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2016, 2016.

NGUYEN GIAP,Vo. Vietnam liberado. : guerra del pueblo, ejercito del pueblo. Buenos Aires : Horizonte , 1965, 1965.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Autoría y participación en derecho penal internacional : los crímenes de atrocidad. Albolote, Granada: Comares, 2015, 2015a.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. Introducción al derecho internacional penal. Bogotá : Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2015, 2015.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales : dilemas políticos y normativos. Valencia : Tirant lo blanch, 2017, 2017.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor & RAMÍREZ OCAMPO, Augusto. Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional : en homenaje al prof. Augusto Ramírez Ocampo. Valencia, España : Tirant lo Blanch ; Universidad del Rosario ; Universidad Sergio Arboleda ; Instituto Iberoamericano de la Haya, 2013, 2013.

OLÁSOLO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana ; Diké Biblioteca jurídica, 2009, 2009.

OLASOLO, Héctor and CANTOR, Jannluck Canosa. La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. En: POLÍTICA CRIMINAL. Jul.vol. 13, no. 25, p. 444-500

OSPINA, María Camila & CANOSA CANTOR, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016. En: ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL. vol. 5, no. 0,

OWEN, James. Nuremberg: el mayor juicio de la historia. Barcelona: Crítica, 2007, 2007.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, 2001.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión: la contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2013.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; JAKOBS, Günther & MONTEALEGRE LYNETT, Luis Eduardo. Posición del garante en virtud de confianza legítima especial. Universidad Externado de Colombia, 2008.

RAE. Real Academia Española; [Consultado el Julio 14,2018]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=C7CI511>

RAMÍREZ BARBOSA Paula & TAMARIT SUMALLA Josep. la lucha contra el crimen organizado en tiempos de post acuerdo como pieza central en la consolidación de la paz. en: revista general de derecho penal. May,.no. 29, p. 1-21

RAY MICHAEL. My Lai Massacre; [Consultado el Feb 132019]. Disponible en: <https://www.britannica.com/event/My-Lai-Massacre>

REYES PAVEZ, Ernesto Salvador. ;el interés de la justicia como causal para no iniciar una investigación o enjuiciamiento en el estatuto de roma de la Corte Penal Internacional. [Consultado el Feb,15,2019]. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_CODEPUandIMS_May05.pdf

RODRÍGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión: una propuesta para la aplicación del artículo 25 del código penal colombiano; En: NUEVO FORO PENAL. Jul-Dic,.no. 70, p. 116-158

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Virxilio. Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos. En: NUEVO FORO PENAL. vol. 13, no. 89, p. 75-120

RODRIGUEZ, Sonia. Guerra de Vietnam. [Consultado el Mar,15,2019]. Disponible en: <https://eacnur.org/blog/guerra-de-vietnam-resumen-y-principales-consecuencias/>

ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. Berlin. Dic,22,. [Consultado el Jun,24,2019]. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=Vgd8LzjbQXEC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

RUBIO NAVARRO, José Fernando, *et al.* 1915 : el año más largo del Imperio Otomano : -primera guerra mundial-. Bogotá : Universidad de Ankara ; Universidad Externado de Colombia, 2015, 2015.

SALAZAR, Sania. La JEP se concentrará en máximos responsables, pero eso no ha sido un secreto. Jul,16,. [Consultado el Sep,1,2019]. Disponible en: <https://colombiacheck.com/chequeos/la-jep-se-concentrara-en-maximos-responsables-pero-eso-no-ha-sido-un-secreto>

SALMÓN GARÁTE, Elizabeth. El procedimiento ante la Corte Penal Internacional.[Consultado el Agosto,2018]. Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf>

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando & SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo. Código de derecho penal internacional. Bogotá : Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2013; Segunda edición, 2013.

SCHMIDT, Paul & TAMAYO, Manuel. Europa entre bastidores: de Versalles a Nuremberg / Paul Schmidt; traducción del alemán por Manuel Tamayo. Barcelona: Ediciones Destino, 1953; 2a. ed, 1953.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El delito de omisión, concepto y sistema. Bosch, 1986.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Consideraciones sobre el principio de culpabilidad y responsabilidad penal de inimputable. [Consultado el Mar,21,2019]. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6546/6044>

SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia, *et al.* Memoria de las XXXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal : justicia negociada. Justicia transicional y crimen organizado. Universidad Externado de Colombia, 2017.

TAWSE-SMITH, Diane. Conflicto armado colombiano . mar. . [Consultado el 02 sep.2019]. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/413>

Tratado de Versalles.

UNWCC. HUMAN RIGHTS AFTER HITLER: THE STORY OF THE UNWCC. [Consultado el Abril 15,2018]. Disponible en: <http://www.unwcc.org>

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La responsabilidad del mando. [Consultado el Sep, 1,2019]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/column/responsabilidad-del-mando/>

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* Lecciones de derecho penal. [e-book] : parte general. Segunda edición. ed. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011.

VARGAS LANCHEROS, José Álvaro. Aproximaciones al delito de omisión en las fuerzas militares: homicidio en persona protegida, participación en hostilidades, imputación objetiva, coautoría fuero militar. segunda edición. ed. Ediciones doctrina y Ley, 2014.

VELA ORBEGOZO, Bernardo. La Justicia de los Vencidos?. En: ZERO. mayo.no. 2, p. 10-13

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal: parte general. Temis, 2002.

WERLE, Gerhard, *et al.* Tratado de derecho penal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; 3a. edición, 2017.

WINTER ETCHEBERRY, JAIME ALFREDO. La Responsabilidad por el mando en el Derecho Penal Internacional. [Consultado el Jun,13,2019]. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-winter_j/pdfAmont/de-winter_j.pdf

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

BUREAU DU PROCUREUR;ICC-OTP-20040419-50ICC - Renvoi devant le Procureur de la situation en République Démocratique du Congo. Apr, 19,. [Consultado el Nov,

30,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo&ln=fr>

BUREAU DU PROCUREUR. ICC-OTP-20040623-59; Le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale ouvre sa première enquête. Jun, 23,. [Consultado el Octubre, 25,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation>

CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II ;ICC-01/05-01/08-424 Situation en République Centrafricaine affaire le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Jun, 15,. [Consultado el Mai,6,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_05978.PDF

COUR PÉNALE INTERNATIONALE.;Jean- Pierre Bemba, Les crimes allégués (liste non-exhaustive); [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/pages/alleged-crimes.aspx?ln=fr>

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Affaire Lubanga. [Consultado el Jun,15,2019]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Le Procureur ouvre une enquête en République centrafricaine. May,22,. [Consultado el Nov, 22,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=prosecutor%20opens%20investigation%20in%20the%20central%20african%20republic&ln=fr>

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. ICC-CPI-20090109-PR383;ICC - L'audience de confirmation des charges dans l'affaire Le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo débutera le lundi 12 janvier 2009 Sep,1. [Consultado el Nov,1,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=the%20confirmation%20of%20charges%20hearing%20in%20the%20case%20of%20the%20prosecutor%20v%20jean_pierre&ln=fr

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. La reprise du proces dans l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo est reportee. En: AllAfrica.COM. Washington. Oct 2,.

COURT PÉNALE INTERNATIONALE. ICC-CPI-20141104-MA169;Déclarations finales dans le procès à l'encontre de Jean-Pierre Bemba programmées les 12 et 13 novembre 2014 : informations pratiques. Nov,4,. [Consultado el Nov, 25,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma169>

CPI / Le programme 'Dans la salle d'audience'- dans l'affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba / La Chambre d'appel rejette l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision relative à la recevabilité de l'affaire le concernant. En: AFRICAN PRESS ORGANISATION. DATABASE OF PRESS RELEASES RELATED TO AFRICA. Lausanne. Oct 20,.

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2842; Situation en République Démocratique du Congo affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo . Mar, 14,. [Consultado el Abr, 15,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_08207.PDF

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I. ICC-01/04-01/06-2904; Situation en République Démocratique du Congo affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Cour Pénale Internationale. Ago, 7,. [Consultado el Nov, 25,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2013_01508.PDF

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE III.; ICC-01/05-01/08-3343; Situation en République centrafricaine affaire le procureur c. jean-pierre bamba gombo. Cour Pénale Internationale. Mar, 21,. [Consultado el May,6,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_08547.PDF

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE III. ICC-01/05-01/08-3399; Situation en République Centrafricaine affaire le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Jun,21,. [Consultado el Nov,24,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_24792.PDF

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I. ICC-01/04-01/06-803; Situation en République Démocratique du Congo affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Jan.29,. [Consultado el Mar, 29,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_01338.PDF

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II. ICC-01/04-02/06-309; Situation en République Démocratique DU Congo affaire le procureur c. Bosco Ntaganda. Cour Pénale Internationale. Jun,9,. [Consultado el Jul,17,2019].

LA CHAMBRE PRELIMINAIRE III. ICC-01/05-01/08-15. Situation en République Centrafricaine affaire le Procureur C. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Jun, 10,. [Consultado el Abr, 26,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_03389.PDF

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE VI (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour »). Résumé du jugement rendu par la Chambre de première instance VI le 8 juillet 2019 dans l’affaire Le Procureur c. Bosco Ntaganda. Cour Pénale Internationale. [Consultado el Jul,17,2019]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190708-ntaganda-judgment-summary-fra.pdf>

LE PROCUREUR C. THOMAS LUBANGA DYILO. ICC-01/04-01/06 Affaire Lubanga. Mar, 14,. [Consultado el Nov, 30,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga?ln=fr#4>

LE PROCUREUR C./ THOMAS LUBANGA DYILO. ICC-CPI-20061109-179 L’audience de confirmation des charges de M. Lubanga commence à La Haye. Nov,9,. [Consultado el Dec,1,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=the%20confirmation%20of%20charges%20hearing%20for%20mr%20lubanga%20dyilo%20starts%20in%20the%20hague&ln=fr>

LE PROCUREUR C./ THOMAS LUBANGA DYILO. ICC-OTP-20060302-126 Mandat d’arrêt à l’encontre de M. Thomas Lubanga Dyilo; Mar, 2,. [Consultado el Nov, 25,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=issuance%20of%20a%20warrant%20of%20arrest%20against%20thomas%20lubanga%20dyilo&ln=fr>

OFFICE OF THE PROSECUTOR. ICC-OTP-20050107-86;ICC - Prosecutor receives referral concerning Central African Republic. Jan,7,. [Consultado el Nov,23,2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp%20prosecutor%20receives%20referral%20concerning%20central%20african%20republic>

PRE- TRIAL CHAMBER,III. ICC-01/05-01/08-169 Anx3A ;Situation in the Central African Republic in the case of the prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Cour Pénale Internationale. Oct,17,. [Consultado el Mai,6,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_05827.PDF

PRE-TRIAL CHAMBER III. ICC-01/05-15 SITUATION IN THE CENTRAL AFRICAN REPUBLIC. Bern. May,23,. [Consultado el Nov,25,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_03723.PDF

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES, III. ICC-01/05-01/08-1; SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA EN EL CASO DEL FISCAL c. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO. Mayo, 23,. [Consultado el Abr, 22,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05037.PDF

THE APPEALS CHAMBER. ICC-01/04-01/06-3121 situation in the democratic republic of the congo in the case of the prosecutor v. thomas lubanga dyilo. Dec,01,. [Consultado el Ju, 15,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_09844.PDF

THE APPEALS CHAMBER. ICC-01/04-01/06-3121;situation in the democratic republic of the congo in the case of the prosecutor v. thomas lubanga dyilo; Dec,1,. [Consultado el Nov, 5,2018]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_09844.PDF

TRIAL CHAMBER VI. ICC-01/04-02/06-2359 08-07-2019 1/539; Situation in the democratic republic of the congo in the case of the prosecutor v. Bosco Ntaganda. Jul,8,. [Consultado el Jul,17,2019]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Corte Constitucional. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-674/17. Nov,14,. [Consultado el May,25,2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-674-17.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP3956-2019 Rad.46382. Colombia: 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP 7135-2014
Caso ;JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ. Jun,5,. Disponible
en: [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../SP7135-2014\(35113\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../SP7135-2014(35113).doc)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. SP17466-
2015 Caso Luis Alfonso Plazas Vega; 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL;SP2546_2018
Caso Hector Martin Pita Vasquez; Colombia: 2018.

SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Exp. 29188.
Oct,12,2106. ISBN RADI-CADON°46604.

TRATADOS, ACUERDOS & CONVENIOS.

ANONYMOUS Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una
paz estable y duradera; Nov,24,. [Consultado el Nov,23,2018]. Disponible
en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención para la
Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. [Consultado el 28 Marzo2018].
Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

LEYES & ACTOS LEGISLATIVOS.

COLOMBIA. EL CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 975 DE 2005; DIARIO OFICIAL 45.980. (Jul,25,). 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 02 de 2001. Dic,27,. [Consultado el May,23,2019]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4575>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Colombia. Legislativo 01 de 2017. (Abril,4,). Unidad de Víctimas. 2017.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. ley 1407 de 2010; Por la cual se expide el Código Penal Militar. (Ago17,). 2010b.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1862/2017; Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar. . (Ago,4,). 2017.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 DE 2000; Por la cual se expide el Código Penal. (Jul,24,). 2000.